

University of Groningen

Sociale zekerheid voor het oog van de meester

Herweijer, M.; Vonk, G.J.; Zondag, W.A.

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2006

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Herweijer, M., Vonk, G. J., & Zondag, W. A. (editors) (2006). *Sociale zekerheid voor het oog van de meester: Opstellen voor prof. mr. F.M. Noordam*. Kluwer.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Sociale zekerheid voor het oog van de meester

Sociale zekerheid voor het oog van de meester

Opstellen voor prof. mr. F.M. Noordam

Onder redactie van:

M. Herweijer

G.J. Vonk

W.A. Zondag

2006

Kluwer – Deventer

Ontwerp omslag: Signia, Winschoten

ISBN 90-13-04052-7
NUR 825-512

© 2006, I.P. Asscher-Vonk, W.H.A.C.M. Bouwens, L.J.A. Damen, R.G.P. Doeschot, K.A. Faber, K.P. Goudswaard, G.J.J. Heerma van Voss, M. Herweijer, A.T.J.M. Jacobs, J.H. Jans, P.R. de Jong, S. Klosse, B.B.B. Lanting, C.J. Loonstra, A.T. Marseille, A.J.G.M. van Montfort, A. Nentjes, W. van Oorschot, F.J.L. Pennings, J. de Ridder, J. Riphagen, M. Scheltema, G.H.M. Tromp, E. Verhulp, F.R. Vermeer, G.J. Vonk, H.H. Voogsgeerd, K. Wentholt, H.B. Winter, E. van Wolde, W.A. Zondag

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgeverij.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h tot en met 16m Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken dient men zich tot de uitgever te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl of opvragen via telefoonnummer 0570-67 34 49.

Voorwoord

In het jaar van zijn afscheid is Frits Noordam twintig jaar hoogleraar geweest. In deze periode – van 1986 tot 2006 – was hij getuige van vele ingrepen in het publieke stelsel van sociale zekerheid. Het is een onstuimige en controversiële periode geweest die door Noordam onnavolgbaar kritisch en vaak met enige verwondering is gadeslagen.

De bijdragen die zijn opgenomen in dit liber amicorum leggen niet alleen getuigenis af van voorbije ontwikkelingen maar bieden ook inzicht in de hedendaagse interesses, zorgen en preoccupaties van wetenschappelijke auteurs die op het terrein van de sociale zekerheid actief zijn. Aldus heeft dit liber amicorum een samenstel van bijdragen over de sociale zekerheid op het breukvlak tussen ‘de oude en de nieuwe tijd’ opgeleverd.

Hoewel de onderwerpen waarover de auteurs hebben geschreven, divers van aard zijn, bestaan er allerlei dwarsverbanden die de bijdragen met elkaar verbinden. De redactie heeft ervoor gekozen de diverse bijdragen in vier rubrieken in te delen.

Het eerste deel bevat *algemene beschouwingen*. Hierin zijn de bijdragen samengebracht die vanuit een specifieke invalshoek de gehele sociale zekerheid bestrijken. Aldus wordt aandacht besteed aan het macro-economisch perspectief (Goudswaard en De Jong), het sociologisch perspectief (Van Oorschot, en Tromp en Nentjes), en het institutionele perspectief (Doeschot en De Ridder over de organisatie van de uitvoering, en Asscher-Vonk en Bouwens over de rechtsgronden).

Het tweede deel bestrijkt bijdragen die de doorwerking van *beginselen* in de sociale zekerheid als voorwerp hebben. De term ‘beginselen’ wordt hier gebruikt als containerbegrip voor fundamentele rechten en leidende principes. De bijdragen hebben betrekking op de bescherming van eigendom (Pennings), het verbod op leeftijdsdiscriminatie (Jans), het Europese burgerschap (Voogsgeerd) en het beginsel van gelijke behandeling (Wentholt en Winter).

Het deel *arbeidsrecht en sociale zekerheid* bevat zes bijdragen. De eerste twee bijdragen onderzoeken de algemene vraag in welke mate arbeidsrechtelijke arrangementen een alternatief zijn voor, dan wel een welkome aanvulling vormen op de publiekrechtelijke sociale zekerheid (Heerma van Voss en Klosse, en Jacobs). Heerma van Voss en Klosse nemen in hun bijdrage afstand van de omschrijving die Noordam hanteert voor het verschijnsel sociale zekerheid. Ook Loonstra en

Zondag gaan in op de deels tegengestelde, deels complementaire vertrekpunten van beide rechtsgebieden. De laatste drie bijdragen in deze rubriek gaan in op de relatie tussen ontslag en werkloosheid (Riphagen, Verhulp en Lanting).

Het laatste deel heeft betrekking op de relatie tussen *bestuursrecht en sociale zekerheid*. Dit vierde deel is geheel geschreven door (oud-)medewerkers van de vakgroep bestuursrecht en bestuurskunde, de vakgroep waarin Noordam zijn thuisbasis had. We treffen hierin algemene beschouwingen aan over de relatie publiek-privaat (Scheltema) en de invloed van de Awb op de sociale zekerheid (Damen), maar ook specifieke onderwerpen zoals het vertrouwensbeginsel (Vermeer), de werkgever als bestuursorgaan (Marseille en Van Wolde) en intergemeentelijke samenwerking bij de uitvoering van de bijstand (Faber en Van Montfort) komen aan de orde.

De auteurs hebben hun bijdragen geschreven met het werk van Noordam in het achterhoofd. Zij weten dat hun werk door Frits Noordam kritisch zal worden gelezen. Sociale zekerheid voor het oog van de meester!

Michiel Herweijer
Gijsbert Vonk
Wijnand Zondag

Inhoud

VOORWOORD	V
 DEEL I HET WERK VAN FRITS NOORDAM	
1. Schoolmeester, criticus, stylist: aantekeningen bij het oeuvre van Frits Noordam <i>Gijsbert Vonk</i>	3
publicatielijst Frits Noordam	15
biografie Frits Noordam	28
 DEEL II ALGEMENE BESCHOUWINGEN	
2. Sociale zekerheid in macro-perspectief <i>Kees Goudszwaard en Philip de Jong</i>	33
3. Solidariteit en het draagvlak voor sociale zekerheid: enkele kanttekeningen vanuit sociologisch perspectief <i>Wim van Oorschot</i>	47
4. Verzorgingsstaat: geven of nemen <i>Greetje Tromp en Andries Nentjes</i>	57
5. Wetgevingskwaliteit: het gedrag van de normadressaat <i>Reinoud Doeschot en Ko de Ridder</i>	79
6. Naar een dienstbare sociale zekerheid? <i>Irene Asscher-Vonk en Willem Bouwens</i>	87
 DEEL III BEGINSELEN	
7. Eigendomsbescherming in de sociale zekerheid <i>Frans Pennings</i>	101

8.	De doorwerking in de nationale rechtsorde van het verbod van leeftijdsdiscriminatie als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht <i>Jan Jans</i>	115
9.	De gevolgen van het Europese burgerschap voor de nationale socialezekerheidsstelsels: gelijke behandeling, vrij verkeer en/of solidariteit? (1998-2006) <i>Herman Voogsgeerd</i>	131
10.	Het lontje van Lumey <i>Klaartje Wentholt en Heinrich Winter</i>	143

DEEL IV ARBEIDSRECHT EN SOCIALE ZEKERHEID

11.	‘Arbeidsrechtelijke sociale zekerheid’: wat is dat eigenlijk? <i>Saskia Klosse en Guus Heerma van Voss</i>	159
12.	Arbeidsrechtelijke sociale zekerheid <i>Antoine Jacobs</i>	175
13.	Begripsvorming in het civiele arbeidsrecht en socialeverzekeringsrecht <i>Cees Loonstra en Wijnand Zondag</i>	189
14.	Verwijtbare werkloosheid in een nieuwe jas: het einde van het pro-formacircus? <i>Jaap Riphagen</i>	209
15.	Ontslagvergoeding als stimulans voor de arbeidsmobiliteit: een Oostenrijkse les? <i>Evert Verhulp</i>	225
16.	Twintig jaar werkloosheidsrecht in de overheidssector <i>Linda Lanting</i>	237

DEEL V BESTUURSRECHT EN SOCIALE ZEKERHEID

17. Vernieuwingen in het denken over publiek
en privaat 251
Michiel Scheltema
18. Is de burger beter af onder het socialezekerheids-
recht van 2006 dan onder dat van 1993? 261
Leo Damen
19. Hete soep en hete brij 279
Het vertrouwensbeginsel in de jurisprudentie
van de Afdeling bestuursrechtspraak en de
Centrale Raad van Beroep
Frank Vermeer
20. De werkgever als bestuursorgaan 295
Bert Marseille en Enith van Wolde
21. ‘Want zij zijn groot en ik is klein’ 309
Intergemeentelijke samenwerking bij uitvoering
Wet werk en bijstand
Karin Faber en André van Montfort

OVER DE AUTEURS 323

DEEL I

HET WERK VAN FRITS NOORDAM

HOOFDSTUK 1

Schoolmeester, criticus, stylist: aantekeningen bij het oeuvre van Frits Noordam

Gijsbert Vonk

1.1 Inleiding

De lijst van publicaties die in deze bijdrage is opgenomen, is door Frits Noordam zelf opgesteld.¹ Het is een omvangrijke lijst van 184 boeken, bijdragen aan bundels, artikelen, boekbesprekingen, commentaren en wettenverzamelingen. Ze zijn geschreven in een periode van 29 jaar, gelegen tussen 1977 en begin 2006.

Gezien het hoge productietempo, mag de lijst nog bescheiden worden genoemd. De publicatiemachine Noordam is pas op relatief late leeftijd op stoom gekomen. Tot 1985 kunnen nog slechts negen publicaties worden geregistreerd. Pas vanaf dat jaar – Noordam was toen al 42 jaar – loopt de jaarlijkse productie op tot een moyenne van ruim acht geschriften per jaar.

De publicatielijst getuigt niet van slaafse veelschrijverij. Het is ook niet primair de omvang die respect afdwingt, maar vooral de kwaliteit van de publicaties. Onlangs is Noordam ervoor in het zonnetje gezet. Hij ontving dit jaar de Oeuvreprijs van de Stichting Raden van Arbeidprijs. Een unieke gebeurtenis. De prijs zal ook nooit meer worden uitgereikt. De stichting is inmiddels, bijna 30 jaar na de opheffing van de Raden van Arbeid zelf, ontbonden.

Volgens het juryrapport dankt Noordam zijn oeuvreprijs aan de invloedrijkheid van zijn geschriften. Ook worden de objectiviteit en de onafhankelijkheid van de auteur geroemd. Wat zijn werk zo bijzonder maakt, wordt verder niet vermeld. In deze bijdrage probeer ik op deze vraag een antwoord te vinden. Na een categorisering van de verschillende publicatietypen (paragraaf 1.2) geef ik aan de hand

¹ De lijst is overigens niet compleet omdat er inmiddels ook weer volgende publicaties zijn verschenen.

van drie verschillende auteursrollen die door Noordam zijn gespeeld, een beeld van het karakter van het werk: Noordam als schoolmeester, als criticus en als stylist (paragraaf 1.3). De slotvraag is wat de blijvende waarde is van het werk van Noordam (paragraaf 1.4). Ligt in zijn oeuvre iets besloten dat het hier en nu overstijgt en als het ware aan een volgende generatie moet worden doorgegeven? In deze vraagstelling ligt een zware, wellicht oneerlijke test besloten. Maar Noordam kan een stootje wel verdragen.

Deze bijdrage bevat een terugblik op het werk van Noordam. Dit verklaart waarom de bespiegelingen meest in de verleden tijd zijn gesteld. Dit komt wat merkwaardig over. Noordam gaat met pensioen, hij is niet overleden. Niets weerhoudt hem ervan om gewoon door te blijven publiceren. Dat hij dat ook maar gewoon blijft doen.

1.2 Een categorisering van publicatietypen

Wie zijn ogen laat glijden over de titels die in de bijgevoegde publicatielijst zijn opgenomen, krijgt het gevoel op een pak van Sjaalman te zijn gestoten, het pakket van geschriften waaruit de bediende van Droogstoppel, makelaar in koffie, het verhaal van Max Havelaar destilleerde. De lijst bevat een diversiteit aan mystificerende titels. Over het lekenelement in de raden van beroep ... over dubbelinkomens, die een kwestie van complementariteit en risicoverdeling zijn ... over Treub, een man naar wie te weinig goede straten genoemd zijn ... over geloof, twijfel en productieve arbeid ... over een kontje van de wetgever ... over “We gaan iets nieuws doen” ... over prothesen en scheerzeep ... over de loonsanctie, die beslist niet het mooiste kind van poortwachter is ... en uiteraard over de sociale zekerheid: van wachtwoord naar product, als uiterst veranderlijk verschijnsel, of als iets dat vermenigvuldigd met kwaliteit slechts somberheid oplevert.

Om grip te krijgen op het oeuvre is het zinvol de publicaties in te delen in categorieën. Laat het afpellen beginnen.

De wettenbundels

Als eerste selecteer ik de 20 drukken van de Kluwer wettenbundel *Socialezekerheidswetgeving* (aanvankelijk nog samen met Opheikens) van 1983 tot 2005². De lange traditie van de bundel heeft, samen met de accuratesse en volledigheid ervan, ervoor gezorgd dat deze een topospositie heeft veroverd op de markt. Voor Noordam was dit aanleiding om niet lang geleden bij een rede voor ambtenaren van het ministerie van SZW zichzelf te introduceren met de woorden: ‘U kent mij niet, maar bij de meesten van u lig ik op tafel.’

2 De 21ste druk van 2006 is inmiddels verschenen.

Naast *Socialezekerheidswetgeving*, wordt door Noordam ook nog een bundel *Ambtenarenwetgeving* verzorgd.³

Handboeken

Van de resterende 159 werken, selecteer ik voorts de handboeken die met regelmaat herzien en bijgewerkt worden. Belangrijkste hiervan is het standaardwerk *Socialezekerheidsrecht*, dat laatstelijk in 2004 in zevende druk is verschenen. In de eerste vier drukken heette het boek nog *Inleiding socialezekerheidsrecht*, maar vanaf het jaar 2000 waarin een beknopte dochteruitgave van het werk werd gelanceerd onder de titel *Hoofdzaken sociale zekerheid*, is bij de moederpublicatie het adjectief ‘inleiding’ komen te vervallen. Van die dochteruitgave zijn inmiddels ook alweer vier herziene drukken verschenen, de laatste in 2006.

Door Noordam werd ook nog een handboek over de bijstandswet in de lucht gehouden. Deze verscheen in eerste druk in 1996. De laatste editie, getiteld *Wet werk en bijstand in hoofdlijnen*, dateert uit 2005.

Boekbesprekingen

Na aldus het aantal publicaties te hebben gereduceerd tot 144, komen wij toe aan de categorie boekbesprekingen. Noordam hield van dit genre. Hij becommentarieerde 27 boeken. De meeste hiervan waren proefschriften, maar ook andere geschriften, met name handboeken, hadden zijn aandacht. In 1990 en 1991 was sprake van een ware recensiemanie: in deze jaren werden zeven boeken tegen het licht gehouden. In de laatste boekbespreking (nr. 172) worden drie sociaalrechtelijke handboeken vergeleken, de ‘*Schets van Bakels*’, zoals bewerkt door Asscher-Vonk en Fase, *Inleiding Nederlands sociaal recht* van Heerma van Voss en *Arbeidsrechtelijke thema's* van Loonstra en Zondag.

Uit de boekbesprekingen blijkt dat Noordam de boeken zorgvuldig en geconcentreerd las. Het werk van vakgenoten werd serieus genomen en recht gedaan, ook al had hij bij elk boek stevast wel wat te moppen.

Historische verhandelingen

Een volgende categorie wordt gevormd door historische verhandelingen. Noordam gaat ervan uit dat de echte geschiedenis der sociale zekerheid nog steeds niet is geschreven, althans dat beweerde hij in 1986 in een bijdrage over Treub (nr. 20). Wat erover is verschenen, concentreert zich naar zijn oordeel vooral op de ‘Binnenhofse ontstaansgeschiedenis’, waardoor de vraag hoe politieke hoofdstromingen de sociale zekerheid los van de wetsvoorstellen benaderde, onderbelicht blijft. Onzeker is of deze conclusie over de geschiedschrijving van de sociale zekerheid nog steeds overeind staat. Er zijn inmiddels meer historische studies

3 De laatste editie daarvan verscheen in 2001 (vierde druk).

over de sociale zekerheid verschenen.⁴ Voor een deel heeft Noordam de lacune zelf helpen vullen. Hij beschreef in een dubbelstudie de Nederlandse geschiedenis van de sociale zekerheid, in een uitgave van het Verbond van Verzekeraars, over de geschiedenis van het verzekeringswezen in Nederland vanaf de middeleeuwen (nrs. 112 en 113). Ook verdiepte hij zich in het leven en werk van de voormannen van de sociale zekerheid. Charmant zijn de biografietjes van Kuyper (nr. 138), Romme (nr. 140), Drees (nr. 141), Van Rhijn (nr. 142), Suurhoff (nr. 143), Veldkamp (nr. 144), De Graaf (nr. 145) en Hoogervorst⁵ (nr. 146), alle opgenomen in de SCOSZ-uitgave naar aanleiding van het 100-jarig bestaan van de sociale zekerheid *‘De gemeenschap is aansprakelijk ...’*.

De historische verhandelingen getuigen van een liefdevol respect voor degenen die zich voor de opkomst van de sociale verzekeringen hebben hard gemaakt. De korzeligheid die kenmerkend is voor de commentaren op de hedendaagse socialezekerheidsontwikkelingen (zie ook hieronder) is in de historische bijdragen vervangen door een meer lyrische toon. In bijdrage nr. 20 krijgt Veldkamp ervan langs omdat deze de geschriften van Treub ‘lezenswaardig’ had genoemd. Dat was een veel te magere kwalificatie voor dit heldere werk.⁶ Noordam voelt zich in de geschiedenis op zijn gemak, zoveel is wel duidelijk. Het heden is schatplichtig aan het verleden, zo hield hij zijn lezerspubliek voor.⁷ Zijn historische onderzoek heeft een aantal lezenswaardige, meeslepende publicaties opgeleverd.⁸

Enkele internationale publicaties

Ik raak zo langzamerhand de tel wat kwijt, maar volgens mij zitten we inmiddels op een aantal van 103 resterende publicaties. Trekken wij daar snel de buitenlandse publicaties van af.⁹ Deze zijn beperkt in aantal en weinig opvallend. Ze bestaan alle uit beschrijvingen van onderdelen van het Nederlandse stelsel. Noordam had geen actieve belangstelling voor de sociale zekerheid in het buitenland, noch veel internationale profileringsdrang.

Annotaties en jurisprudentiebesprekingen

Evenmin was Noordam een ‘rechtspraakwatcher’, zoals veel andere juridische auteurs dat wel zijn. Van 1988 tot 1993 verzorgde hij een jaarlijks rechtspraak-

4 Ik verwijs onder meer naar Joop M. Roebroek en Mirjam Hertogh, *‘De beschavende invloed des tijds’, twee eeuwen sociale politiek, verzorgingsstaat en sociale zekerheid in Nederland*, Den Haag 1998 en Mirjam Hertogh, *‘Geene wet, maar de Heer’*, Den Haag, 1998.

5 Niet echt een voorman, maar destijds wel staatssecretaris van SZW en om die reden in de reeks van biografieën opgenomen.

6 Zie nr. 20, p. 127.

7 Zie nr. 170, p. 217.

8 Zie nrs. 20, 112, 113, 137 tot en met 148, 153 en de bewerking daarvan in nr. 162.

9 Nrs. 72, 92, 102 (84), 109 en 159.

overzicht in *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken*.¹⁰ Daarnaast trof ik slechts drie annotaties aan (nrs. 46, 61 en 73). Een jurisprudentiebundel, *Sociale-zekerheidsrecht in 43 uitspraken* (samen met Bouwens en Kooijman, nr. 81), mocht zich slechts op één editie verheugen. Noordam heeft weinig op met rechtspraakanalyses. Waarom dit zo is, is mij niet duidelijk. Het zal niet zo zijn dat jurisprudentieanalyses hem te veel op de vierkante centimeter zijn. Noordam kan heel precies zijn in de kleine ruimte. Wellicht legt dit genre hem te veel beperkingen op. Zijn commentaar op CRvB 10 februari 1953 over de ‘of-of-redenering’ in de WW, opgenomen in de *SMA*-rubriek ‘lievelingsuitspraak’ (nr. 133), valt niet als een annotatie aan te merken. Daarvoor heeft het te veel zeggingskracht en is de analyse te ver boven de eigenlijke uitspraak verheven.

Commentaren en themata

De resterende publicaties (circa 90, aan een exact getal wil ik mijn handen niet meer branden) bestaat voor het leeuwendeel uit losse bijdragen en artikelen. In dit ‘vrije genre’ komt Noordams eigen stijl het beste uit de verf. De meeste bijdragen verschenen in *SMA*, Noordams primaire publicatiekanaal, maar we treffen ze ook aan in andere tijdschriften of als hoofdstukken van boeken.

De losse bijdragen en artikelen kunnen weer worden opgesplitst: *commentaren* (meest op nieuwe legislatieve trajecten) en *themata*.

De duiding van de categorie *themata* behoeft enige toelichting. Noordam heeft enkele omvangrijke bijdragen geschreven over onderwerpen die nog niet eerder systematisch in kaart zijn gebracht of die vanuit een bepaalde thematiek dwarsdoorsneden bieden van het gehele socialezekerheidsrecht. Publicaties in dit genre hebben onder meer betrekking op de kwaliteit van socialezekerheidswetgeving (nr. 117), de kwaliteit van de socialezekerheidsuitvoering (nr. 176) en het handhavingsbeleid in de sociale zekerheid (nr. 161). Deze bijdragen kenmerken zich door een vaste methodologische opzet, waarbij gebruik wordt gemaakt van een mix van normatieve en descriptieve elementen. De feitelijke ontwikkelingen (die zorgvuldig worden onderzocht en gedocumenteerd) worden tegen het licht gehouden van enkele normatieve uitgangspunten. Deze uitgangspunten worden ontleend aan officiële regeringspublicaties, zoals *Aanwijzingen voor de regelgeving* en handhavingsbeleidsnoties. Wellicht is het gevolg hiervan dat de conclusies van deze bijdragen nogal braaf zijn. Over de bijdrage met betrekking tot de kwaliteit van de wetgeving (nr. 117) heb ik eens een hoge SZW-ambtenaar opgelucht horen zeggen dat het ministerie er nog genadig vanaf was gekomen. Wat de bijdrage over het handhavingsbeleid betreft (nr. 161) vond ik zelf opvallend dat geen aandacht wordt besteed aan het probleem dat de eenzijdige aandacht voor fraudebestrijding in de eerste helft van de jaren negentig een sterk bureaucrati-

¹⁰ Nrs. 27, 38, 39, 59, 64 en 65.

serend effect heeft gehad op de gevalsbehandeling en daarom niet ten goede is gekomen aan een klantvriendelijke uitvoering. Evenmin wordt erin verhaald dat het handhavingsbeleid als schaamlap heeft gefungeerd om allerlei vreemdelingonvriendelijke maatregelen door te voeren. Maar waarschijnlijk is het vooral een teken van evenwichtigheid dat Noordam zich niet heeft ingelaten met dit soort wilde aantijgingen. De genoemde themata zijn degelijke publicaties.

In de *commentaren* op recente socialezekerheidsontwikkelingen komen we een andere Noordam tegen. Aanpassingen die de wetgever doorvoerde in het socialezekerheidsstelsel werden met argusogen gevolgd alsof Noordams eigen achtertuin erdoor werd bedreigd. In de commentaren wordt gezocht, gekreund en gehoord. Meer en meer wordt Den Haag opgevoerd als synoniem voor holle beleidsfrases, opportunisme en legislatief broddelwerk. Naarmate de tijd vordert, zwelt de kritiek op de wetgever en de politiek aan. Een climax wordt bereikt in het preadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging over de waarde(n) van het sociaal recht, dat hij samen met Van der Heijden schreef in 2001 (nr. 149). De latere commentaren, met name de dubbelpublicatie *Sociale zekerheid: een uiterst veranderlijk verschijnsel* (nrs. 179 en 180) zijn terughoudender en meer beschouwend van aard. Over deze commentaren straks meer.

Overigen

In het resterende gruis treffen we nog een aantal briljantjes aan die niet onder een van de vorige kopjes konden worden gerubriceerd. Ik wijs bijvoorbeeld op de beschouwing over de aard, plaats en opbouw van het socialezekerheidsrecht uit 1994, opgenomen in de *De Leede-bundel* (nr. 75). Hierin verklaart Noordam zich voorstander van de zelfstandige beoefening van het socialezekerheidsrecht, dat zeker niet mag worden gezien als louter een ‘elfde hoofdstuk’ van het arbeidsrecht: ‘Niet de arbeidsovereenkomst bindt arbeidsrecht en sociale-zekerheidsrecht, maar hun beider streven naar bestaanszekerheid, dat diffuse en enigszins illusoire verschijnsel.’ In deze bijdrage bekent Noordam zich tevens tot een socialezekerheidsbegrip waarin het door de overheid onderhouden stelsel van financiële regelingen centraal staat. Hier ligt de kiem van het klassieke begrip dat door Noordam vaker als uitgangspunt is gehanteerd en dat hem in deze bundel op kritiek komt te staan van Heerma van Voss en Klosse. De ironie wil dat juist Noordam – in weerwil van of in aanvulling op – zijn socialezekerheidsbegrip veel aandacht heeft gehad voor de (niet-financiële) re-integratiekant van de sociale zekerheid (zie ook zijn oratie, nr. 25) en de beschrijving van de arbeidsrechtelijke sociale zekerheid¹¹, of dit nu ‘buitendijks’¹² is of niet.

11 Als vast onderdeel van het standaardwerk *Socialezekerheidsrecht*.

12 Vgl. nr. 180, p. 341.

Ten slotte wil ik nog afzonderlijk de aandacht vestigen op publicatie nr. 116, *Twintig jaar sociaal recht, twintig jaar diversificatie*, een bundeling van sociaalrechtelijke oraties die zijn gepubliceerd in de periode van 1977 tot 1997. Een ieder die geïnteresseerd is in Noordams antwoord op de vraag waar een goede oratie eigenlijk aan moet voldoen, raadplege de inleiding van de bundel.

1.3 Schoolmeester, criticus, stylist

Deze paragraaf heeft niet langer betrekking op een categorisering van het oeuvre, maar op een typering van stijlen waar Noordam zich in zijn wetenschappelijk werk van bediende. Door deze stijlen te analyseren komen we meer te weten over het karakter van het werk en de persoon die het creëerde.

Schoolmeester

Volgens Van Dale is een schoolmeester: 1. hij die aan het hoofd van de school staat; 2. iemand die aan school les geeft, onderwijzer; 3. iemand die de neiging heeft kleingeestige en formalistische opmerkingen te maken.

In de eerste betekenis van het woord kan Noordam met recht hoofd van de school van het socialezekerheidsrecht worden genoemd. Dit komt in de eerste plaats omdat hij de ambitie had het gehele socialezekerheidsrecht als eenheid te bestuderen en niet slechts vanuit een invalshoek of op bepaalde deelaspecten. Het komt in de tweede plaats omdat hij deze ambitie waarmaakte, niet alleen door de ijver waarmee hij zijn handboeken actueel hield, maar ook door de keuze van de onderwerpen waarbij hij bewust de verste uithoeken van het systeem probeerde op te sporen (zoals de gemoedsbewaardenregelingen, nr. 11), of telkens op zoek ging naar nieuwe dwarsverbanden (zie mijn bespreking van *themata*). Het komt in de derde plaats omdat hij een scherp oog hield op de vorderingen en prestaties van vakbroeders en -zusters. Hij verdiepte zich in hun werk, had er een kritisch oordeel over, moedigde aan en corrigeerde. Bijna niemand die aan zijn aandacht ontsnapte. Hierdoor ontwikkelde Noordam zich ook tot het ‘über ich’ in de geesten van anderen die op het terrein van het socialezekerheidsrecht actief waren. Pennings laat in deze bundel dit effect heel mooi (en heel eerlijk) zien, door toe te geven dat hij altijd het gevoel had dat Noordam hem over de schouder keek.

In de tweede betekenis van het woord blijkt Noordams schoolmeesterschap uit de drang om het vak uit te leggen en over te dragen. Het moeilijke, veranderlijke en gedetailleerde socialezekerheidsrecht moest vakkundig worden gesystematiseerd en in verteerbare brokken aan de man worden gebracht. De teksten van zijn handboeken blinken uit in luciditeit. De wens om het socialezekerheidsrecht goed te verkopen, heeft geleid tot kritische reflectie op het eigen werk. Het is mooi om te zien hoe hij zelf van de *Inleiding Socialezekerheidsrecht*, het boekje *Hoofd-*

zaken Socialezekerheidsrecht losweekte. Dit boekje kan worden opgevat als een poging om het thema van de sociale zekerheid ‘op te sexen’. Het biedt daarbij meer dan een vereenvoudiging en popularisering van het moederwerk. De onderwerpen worden tevens uitdrukkelijker in een beleidspolitieke context geplaatst. Ook wordt een poging ondernomen iets te zeggen over de toekomst van de regelingen. *Never too old to breathe life into a stone!*

Is Noordam dan ook schoolmeester in de derde betekenis van het woord? De eerlijkheid gebiedt te vermelden dat dit soms het geval kon zijn. Ik heb zelf meegeemaakt hoe Noordam als voorzitter van de wettencommissie van het bestuur van de Sociale Verzekeringsbank zijn medebestuurders tot wanhoop kon drijven door te blijven hameren op onjuistheden in de exacte formulering van teksten, ook als dit weinig beleidsrelevantie had. Illustratief is ook de reactie die hij stuurde naar het NJB in 1984 op een artikel van Schermers waarin deze enkele opmerkingen had gemaakt over de bijstand (nr. 10). De auteur, die zich had laten ontvallen dat de bijstand gebaseerd is op behoefte en niet op nationaliteit, kreeg een college over illegalen in de bijstand die geen recht op uitkering hebben. Het leverde nog een naschrift op waarin de arme Schermers zijn onjuistheid moest toegeven. Juridisch gezien tenminste, want, zo volhardde hij: ‘Sociale factoren kunnen tot een minder juridische beslissing nopen.’ En daarin had hij weer gelijk! Toch kan Noordam zeker niet beschuldigd worden van pedanterie. Zijn doceerdrang komt niet voort uit betweterigheid of uit zelfgenoegzaamheid. Hooguit is sprake van een bovengemiddelde behoefte aan juridische reinheid, rust en regelmaat. Zoiets maakt een mens soms wat rechtlijnig.

Criticus

De drie r’s van reinheid, rust en regelmaat vormen tevens het motief voor Noordams commentaren op de wetgever. Wat de eerste r betreft: juridische slordigheden zijn ernstige vergrijpen. Al in het eerste uit 1986 daterende kritische commentaar, dat betrekking had op de nieuwe Werkloosheidswet (nr. 16), werd geklaagd over onvolledige en niet-adequate formuleringen, ontbrekende en onvoldoende motiveringen, zwakke of onhoudbare dogmatische uitgangspunten. Dergelijke gebreken zou Noordam nadien in nog vele wetsontwerpen aantreffen. Het commentaar op de loonsanctie zoals opgenomen in de Wet verbetering poortwachter (nr. 165) mondde uit in een catalogus van mankementen. Hier was maar één conclusie mogelijk: de wetgever en UWV moesten de loonsanctieregeling zorgvuldig overwegen, een probleemanalyse maken, een plan van aanpak opstellen en uitvoeren: een koekje van eigen poortwachtersdeeg.

Wat de tweede r betreft heeft Noordam een hekel aan een wetgever die onbezonnen in een hoog tempo nieuwe maatregelen neemt. Door de effecten van de Wet verbetering poortwachter niet af te wachten, waren Donner en de op zijn rapport gebaseerde wijzigingsvoorstellen in de WAO overbodig (nr. 155). Wat de WWB betreft, werd met wanhoop geconstateerd dat deze wet drie regelingen afdankte (de Abw, WIW en het Besluit ID-banen) die zelf niet ouder dan acht of zelfs zes

jaar waren. De vervangingssnelheid van SZW-wetgeving is hoog, maar dit spande de kroon (nr. 170). In de ogen van Noordam is overhaaste wetgeving een teken van politiek opportunisme en een bron van onzorgvuldigheid.

De r van regelmaat komt terug in Noordams weerzin tegen legislatieve wispelturigheid. Hoe kon een wetgever het bedenken om in de bijstand de punitieve sanctie van de boete af te schaffen, nadat deze met veel aplomb voor de gehele sociale zekerheid was ingevoerd (nr. 170, p. 223)? En waarom zou ondanks de wens om de AWBZ-verzekering te beperken tot degenen die op Nederlands grondgebied wonen, de wetgever er toch voor kiezen een regeling voor vrijwillige verzekering voor Nederlandse pensionado's in het leven te roepen? Het is een voorbeeld van beginselloos beleid en het recht buigt mee (nr. 149, p. 49).

Het meest ver gaat de kritiek op de wetgever in het preadvies over de waarde(n) van het sociaal recht (samen met Van der Heijden, nr. 149). Waar in eerdere publicaties de kritiek direct gerelateerd was aan specifieke tekortkomingen, krijgt deze in het preadvies een meer algemene strekking. Met name de volgende passage is bekend geworden:

‘Eén klacht is nog niet genoemd. Die klacht is dat het socialezekerheidsrecht vaak willoos meewaait met de grillige winden uit Den Haag. Het is in hoge mate *beleidsafhankelijk* recht, recht zonder ruggengraat, instrumenteel recht bij uitstek, recht met een laag normatief gehalte. Het socialezekerheidsrecht is als een windvaan, nu eens dit en dan weer dat. De politieke rationaliteit domineert. De wetgever zet een bepaalde koers uit komt daarop na korte tijd weer terug. Dit duidt op weinig beginselvastheid of, erger, op beginselloosheid.’¹³

Het preadvies heeft voor Noordamse standaarden een wat grillig karakter. Een eerste hoofdstuk moet ons aan de hand van zeventien ‘-eringen’ (individualisering, flexibilisering, etc.) overtuigen van de snelheid waarmee de nieuwe tijd komt aandenderen. Vervolgens worden we geconfronteerd met de hierboven aangehaalde aanklacht dat de sociale zekerheid beginselloos meedeint op de bewegingen der nieuwe tijd. Maar verderop in het advies wordt met hetzelfde gemak meegedeeld dat het Haagse beleid in feite zeer consequent twee waarden uitdraagt, te weten een verschuiving van verantwoordelijkheden van overheid naar burger en een optimalisering van de arbeidsparticipatie.¹⁴ Dat lijkt toch een stevige ruggengraat voor een consistent beleid. In dezelfde passage wordt bovendien erkend dat de wetgever bij een groot aantal wettelijke trajecten bewust heeft stilgestaan bij de waarden die bij wijzigingen in het geding waren. De preadviseurs

13 Nr. 149, p. 48.

14 Nr. 149, p. 66-67.

hebben zelfs de indruk dat de woorden die de wetgever aan deze waarden had besteed, gemeend waren. Het is van tweeën één, denk je dan als lezer.

Ook niet des Noordams is het tweede deel van het preadvies, waarin niet langer kritiek wordt geuit op de wetgever, maar waarin een eigen waardenschema wordt ontwikkeld. Die kan als uitgangspunt dienen om een systematische ‘waardentoets’ toe te passen bij ingrijpende sociaalrechtelijke operaties. In mijn waarneming heeft Noordam in zijn werk niet eerder gepoogd zo opbouwend te zijn. Het tweede deel van het preadvies is waardevol omdat het toetsingsmaatstaven bevat voor veranderingen in de sociale zekerheid die losstaan van de specifieke, instrumentele vorm waarin de maatregelen zijn gegoten. Het waardenschema kan bijvoorbeeld op gelijke wijze worden toegepast op de bovenwettelijke sociale zekerheid als op het wettelijke stelsel. Dit staat ons toe de bescherming die door beide stelsels wordt geboden, in onderlinge samenhang te bezien.

Na het preadvies is Noordam niet meer op het waardenschema teruggekomen. Latere publicaties, met name die over de sociale zekerheid als uiterst veranderlijk verschijnsel (nrs. 179 en 180), zijn weer geschreven vanuit de sceptische dispositie die we van hem gewend zijn. Noordam analyseert de grote toekomstplannen inzake de sociale zekerheid die de afgelopen jaren zijn ontwikkeld. Hij ziet in feite maar één constante: de ontstatelijking van de sociale zekerheid. Wat daarvoor aan plannen in de plaats is gekomen, is niet erg concreet, bijna nooit gerealiseerd, klakkeloze napraterij of oude wijn in nieuwe zakken. Hij concludeert:

‘De sociale zekerheid heeft de Nederlandse bevolking veel voorspoed gebracht. De laatste 25 jaar hebben de talloze veranderingen in de sociale zekerheid evenwel ook veel *slachtoffers* gemaakt. Vanuit die individuele slachtoffers bezien is er sprake van een continue teloorgang (‘afbraak’) van de sociale zekerheid. Politici hebben het dan ‘verontschuldiging’ over het veiligstellen van de sociale zekerheid voor onze kinderen en kleinkinderen. Wetenschappers schrijven artikelen als het onderhavige, herinneren er wellicht aan dat onderzoek uitwijst dat inkomen nauwelijks bijdraagt aan de geluksbeleving, maar zwijgen verder. Gescheiden werelden.’

De sociale zekerheid als afschuwwekkende leegte. De vertrouwde somberheid van Noordam is teruggekeerd.

Stylist

De beschrijving van het karakter van het oeuvre zou niet compleet zijn, als niet wordt gewezen op een derde eigenschap. Noordam kan erg mooi schrijven. Hij is een stylist. Het geeft zijn werk een literaire waarde. Mocht hij ooit een roman of dichtbundel schrijven, ik haastte mij naar de boekhandel om hem aan te schaffen.

Het is moeilijk om aan te geven wat Noordams taalgebruik mooi maakt. De zinnen zijn afgemeten en helder. Ook zijn er zorgvuldig geplaatste accenten, wat ritme geeft aan de tekst en het betoog laat vloeien. Maar vooral is er oorspronkelijkheid. Door platgetreden redeneerpaden te vermijden en te kiezen voor een eigen zienswijze met een daarbij behorende eigen woordkeuze, maakt Noordam zijn werk ‘vrij’.

Noordams literaire gaven komen met name tot uiting in de aanhef en de conclusie van zijn losse bijdragen en artikelen. Deze onderdelen bevatten soms persoonlijke ontboezemingen, zedenschetsen of verwijzingen naar actuele politieke gebeurtenissen. Zijn bijdrage ‘Catch 22’, gepubliceerd in de *SMA*-rubriek ‘lievelingsuitpraak’ (nr. 133), is te beschouwen als één groot literair feest. Voor het overige zou ik zeggen: pak een werk van Noordam, sla het open op een willekeurige pagina, lees een willekeurig stuk tekst en raak overtuigd van de taalkundige kwaliteit.

1.4 Blijvende waarde

Ten slotte de vraag naar de blijvende waarde van Noordams werk. Zal dit werk ook nog door een volgende generatie juristen en socialezekerheidsdeskundigen worden gelezen? Zal Noordam zich voor het socialezekerheidsrecht ontwikkelen tot datgene wat Levenbach is geworden voor het sociaal recht, Thorbecke voor het staatsrecht of voor mijn part, Hugo de Groot voor het volkenrecht? Hierboven schreef ik al dat in deze vraag een oneerlijke test besloten ligt. Dit geldt eens te meer voor Noordam, die een hekel heeft aan pretentieuze gedoe en grote gebaren. Bescheidenheid zou heel wel aan de lijst van eigenschappen toegevoegd kunnen worden. Maar dan toch die vraag.

Zeker, een ieder die zich verdiept in de Nederlandse sociale zekerheid in de periode rond de afgelopen eeuwwisseling, zal niet om de naam van Noordam heen kunnen. Ook zal degene die zijn werk in handen neemt, snel overtuigd raken van de vakkundigheid. Maar dit is nog niet voldoende om van een blijvende waarde te kunnen spreken. Daarvoor is vereist dat de verdere ontwikkeling van leerstukken, inzichten, gedachtegoed, etc., aanwijsbaar door het werk van een auteur beïnvloed wordt. In deze zin bedoeld, is er misschien reden te twijfelen aan de toekomstige waarde van het oeuvre.

Veel van het werk is tijdsgebonden, omdat het zich sterk inlaat met het positieve socialezekerheidsrecht, dat – zoals ons door Noordam zelf is voorgehouden – uiterst veranderlijk is. Daarbij wordt veel aandacht besteed aan het bekritisieren van slordige en wankele juridische constructies die uiteindelijk nooit zijn ingevoerd of waarschijnlijk een generatie hierna al lang niet meer bestaan of vergeeten zijn.

Ook kan Noordam niet als een vernieuwer worden aangemerkt. Integendeel, zijn hang naar reinheid, rust en regelmaat maakte dat hij vaak terughoudend reageerde op verandering. Noordam liet de vernieuwing graag aan anderen over. Zij kwamen met de nieuwe ideeën of de voorstellen voor alternatieve benaderingen. Hij observeerde, analyseerde en kritiseerde. Daarbij bezag hij de wereld door de bril van traditioneel erkende waarden in de sociale zekerheid en de inrichting van het huidige stelsel. Dat Noordam bijvoorbeeld tot het laatste moment (zie nr. 179) is blijven vasthouden aan het oude, instrumentele socialezekerheidsbegrip, in het volle bewustzijn dat er inmiddels zo veel sociale zekerheid is weggelekt naar andere ordeningsterreinen (het individuele arbeidsrecht, het collectieve arbeidsrecht, de fiscus en de markt), typeert zijn behoudendheid.

Op zich is het niet noodzakelijk een vernieuwer te zijn om een blijvende betekenis te verkrijgen. Er kan ook veel uitstraling uitgaan van langzame opmerkingen in een snelle tijd. En wie zijn rug recht weet te houden tegen de heersende publieke moraal in, kan voor een latere generatie uitgroeien tot een held. Gedenk de gebroeders De Wit! Maar mij dunkt dat Noordam in zijn werk te veel scepticus en te weinig constructivist is geweest om tot een dergelijke held uit te groeien. Hij nagelde stellingen aan de deur van het socialezekerheidsbeleid, zonder daarbij de richting aan te geven voor een nieuwe leer. Enkel de heimwee naar de gedachte aan een monolithisch staatsstelsel, biedt geen leidraad voor de toekomst.

Bij nadere beschouwing kunnen echter ook elementen worden benoemd waarin de naam van Noordam wél zal doorklinken. Naar mijn mening komen die samen in de attitude van wetenschapsbeoefening. Onvermoeibaar en integer is Noordam op zoek geweest naar de waarheid, die hij groter achtte dan zichzelf. Daarbij had hij lak aan opinies van anderen met wat voor gezag ook bekleed. Sterker nog: Noordam was de gloeiende naald die elke ballon die boven de vaderlandse sociale zekerheid werd losgelaten, doorprikte. Van zijn werk dat in die zin nihilistische trekken vertoont, blijkt wel degelijk een positieve zeggingskracht uit te gaan. Het is, om maar eens met de woorden van een andere Groningse wetenschapper-stylist te spreken, een ‘scheppend nihilisme’.¹⁵ De sociale zekerheid is er niet voor niets en zij die er lichtvaardig mee omspringen, kunnen niet kritisch genoeg worden bejegend. Die houding zal komende generaties tot voorbeeld blijven strekken.

Al met al ben ik het eens met de kwalificatie in het juryrapport van de Stichting Raden van Arbeidprijs: invloedrijk, objectief en onafhankelijk.

15 Zie de slotwoorden van W.F. Hermans in ‘Het grote medelijden’, in: *Een wonderkind of een total loss*, 1967. Scheppend nihilisme is ook de titel van een boek met interviews die met Hermans zijn gehouden, laatste editie De Bezige Bij 2005, onder redactie van Frans A. Janssen.

Publicatielijst Frits Noordam

1. Enkele opmerkingen over het lekenelement in de raden van beroep, Sociaal Maandblad Arbeid 1977, p. 690-700.
2. Civielrechtelijke en sociale zekerheidsaspecten van het ontslagrecht (met prof. mr. H.L. Bakels), Sociaal Maandblad Arbeid 1978, p. 251-274.
3. Vreemdeling en sociaal recht, Sociaal Maandblad Arbeid 1978, p. 526-547.
4. Sociale zekerheid en samenlevingsverbanden, Sociaal Maandblad Arbeid 1979, p. 312-330.
5. Sociaalrechtelijke aspecten van voorarrest, in: Th. W. van Veen en J.P. Balkema (m.m.v. F.M. Noordam), Voorarrest: Strafprocessuele en sociaalrechtelijke aspecten, Alphen aan den Rijn: Samsom 1982, p. 125-147.
6. Dubbelinkomens: een kwestie van complementariteit en risicoverdeling, in: W.C.J. Robert en J.M.A. Waaijer (red.), Relatievrijheid en recht, Deventer: Kluwer 1983, p. 49-56.
7. Sociale zekerheid en beginnende zelfstandigen, in J.Th. Degenkamp (red.), Eigen bedrijf? Adviezen voor startende ondernemers, Zwolle: Tjeenk Wilink 1983, p. 97-114.
8. Sociale zekerheidswetgeving (met L. Opheikens), Deventer: Kluwer 1983, 506 p.
9. Het sociaal voorzieningenrecht, Alphen aan den Rijn: Samsom 1984, 154 p.
10. Illegale immigranten en Algemene Bijstandswet, Nederlands Juristenblad 1984, p. 389.
11. De rechtsbescherming der vijfduizend: gemoedsbezwaarden, Sociale Verzekeringsraad en rechtsbescherming, Sociaal Maandblad Arbeid 1985, p. 175-190.
12. Sociale zekerheidswetgeving (met L. Opheikens), 2e druk, Deventer: Kluwer 1985, 506 p.
13. Bespreking van: J. Riphagen, Ontslag en het recht op werkloosheidsuitkering, Sociaal Maandblad Arbeid 1985, p. 784-786.
14. Bijdragen aan: Contra legem-uitvoering in het sociaal zekerheidsrecht, Deventer: Kluwer 1985, p. 9-13 en 64-78.

15. Sociale zekerheid en beginnende zelfstandigen, in: J.Th. Degenkamp (red.), *Eigen bedrijf? Adviezen voor de startende ondernemer*, 2e druk, Zwolle: Tjeenk Willink 1985, p. 109-129.
16. De nieuwe Werkloosheidswet: een rammelend ontwerp, *Sociaal Maandblad Arbeid* 1986, p. 103-112.
17. Sociale zekerheidswetgeving: stelselherziening (met L. Opheikens), Deventer: Kluwer 1986, 136 p.
18. Sociale zekerheidswetgeving (met L. Opheikens), 3e druk, Deventer: Kluwer 1986, 519 p.
19. Het overgangsrecht van de nieuwe Werkloosheidswet, *Sociaal Recht* 1986, p. 279-285.
20. Over Treub, een man naar wie te weinig goede straten genoemd zijn, in: *Sociaal en zeker (Veldkamp-bundel)*, Deventer: Kluwer 1986, p. 183-195.
21. Geloof, twijfel en onbeloonde produktieve arbeid, in: *Blinde vlekken in het sociaal recht (Frenkel-bundel)*, Deventer: Kluwer 1986, p. 199-214.
22. Bespreking van: J. de Vries en M.P.C. van der Krogt, *De Algemene Bijstandswet*, 6e druk, *Sociaal Maandblad Arbeid* 1986, p. 488-489.
23. Sociale zekerheidswetgeving (met L. Opheikens), 4e druk, Deventer: Kluwer 1987, 589 p.
24. Sociale zekerheidswetgeving: stelselherziening, 2e druk, Deventer: Kluwer 1987, 136 p.
25. *Recht en reïntegratie*, Deventer: Kluwer 1987, p. 1-30.
26. Overgangsrecht werkloosheidsregelingen, *Periodiek voor sociale verzekeringen, sociale voorzieningen en arbeidsrecht* 1987, p. 976-988.
27. *Rechtspraakoverzicht pensioenen, sociaal verzekeringsrecht*, *Tijdschrift voor pensioenvraagstukken* 1987, p. 100-103.
28. Sociaal zekerheidsrecht voor beginners, in: *Schetsen voor Bakels (Bakels-bundel)*, Deventer: Kluwer 1987, p. 167-178.
29. *WAGW en ontslag, De Naamloze Vennootschap*, 1987, p.228-235.
30. Bespreking van: Len Andringa, Jaap Bandringa en Paul Vos, *De werkloosheidsuitkering na de stelselherziening*, *Sociaal Maandblad Arbeid* 1987, p. 595-596.
31. Bespreking van: P.G. Koch en NVA (red.), *De directeur-groootaandeelhouder en de (sociale) verzekering*, *Sociaal Maandblad Arbeid* 1987, p. 287.
32. Bespreking van: J. Mannoury en I.P. Asscher-Vonk, *Hoofdtrekken van de sociale verzekering*, 2e druk, *Sociaal Maandblad Arbeid* 1987, p. 656-657.

33. De Werkloosheidswet nu al weer op de helling?, Sociaal Recht 1987, p. 391.
34. De Werkloosheidswet. De rechten verplichtingen van de werkloze werknemer, Deventer: Kluwer 1988, 179 p.
35. De uitvoeringsorganisatie werknemersverzekeringen op de helling, Sociaal Bestek 1988, p. 115-118.
36. De WAGW tussen Dam en Coolsingel, Tijdschrift AVO-Nederland 1988, p. 4-5.
37. SER-advies herziening AWW, Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken 1989, p. 54-57.
38. Rechtspraakoverzicht pensioenen sociaal verzekeringsrecht, Tijdschrift voor pensioenvraagstukken 1988, p. 117-118.
39. Rechtspraakoverzicht pensioenen, sociaal verzekeringsrecht, Tijdschrift voor pensioenvraagstukken 1989, p. 94-97.
40. Vrijwilligerswerk met behoud van uitkering, in N. Bos (red.), Vrijwilligerswerk juridisch bekeken, Utrecht: Landelijk Steunpunt Vrijwilligerswerk 1989, p. 60-63.
41. Bespreking van: A.Ph.C.M. Jaspers en J. Riphagen (red.), Schets van het Sociaal Zekerheidsrecht, 2e druk, Sociaal Maandblad Arbeid 1989, p. 154-156.
42. Sociale zekerheidswetgeving (met L. Opheikens), 5e druk, Deventer: Kluwer 1990, 549 p.
43. Integratie van sociale zekerheidsregelingen, in: Van alle kanten bekeken (Van Brussel-bundel), Zoetermeer: Sociale Verzekeringsraad 1990, p. 35-43.
44. SER- en SVR-adviezen herziening uitvoeringsorganisatie, Sociaal Bestek 1990, p. 3-7.
45. Rechtspraakoverzicht pensioenen, sociaal verzekeringsrecht, Tijdschrift voor pensioenvraagstukken 1990, p. 90-94.
46. CRvB 24 juli 1990, WW 1989/195, een belangrijke en een opmerkelijke uitspraak, Sociaal Maandblad Arbeid 1990, p. 653-662.
47. Bespreking van: J. M. Jansen, Sociaal verzekeringsrecht en reïntegratie, Sociaal Maandblad Arbeid 1990, p. 183.
48. Bespreking van: H. Bolt e.a., Rechtsbescherming in de zorgverzekering, nu en in de toekomst, Sociaal Maandblad Arbeid 1990, p. 321-322.

49. Bespreking van: S. Klosse, Menselijke schade: vergoeden of herstellen? De werking van (re)integratieregelingen voor gehandicapten in de Bondsrepubliek Duitsland en Nederland, *Sociaal Recht* 1990, p. 269-270.
50. Bespreking van: M.G. Rood, Introductie in het sociaal recht, *Sociaal Maandblad Arbeid* 1990, p. 693-694.
51. Bespreking van: Jaap van Weeghel en Jacques Zeelen, Arbeidsrehabilitatie in een vernieuwde geestelijke gezondheidszorg, *Sociaal Maandblad Arbeid* 1991, p. 270-271.
52. Sociale zekerheidswetgeving (met L. Opheikens), zesde druk, Deventer: Kluwer 1991, 590 p.
53. Weduwnaarspensioen met terugwerkende kracht, *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 1991, p. 33-35.
54. Bespreking van: Frans Pennings, Benefits of Doubt. A comparative study of the legal aspects of employment and unemployment schemes in Great Britain, Germany, France and the Netherlands, *Sociaal Recht* 1991, p. 270-271.
55. W.H.A.C.M. Bouwens, J.J.A. Kooijman en F.M. Noordam, Sociaal zekerheidsrecht in 38 uitspraken, Nijmegen: Ars Aequi 1991, 295 p.
56. Bespreking van: Eberhard Eichenhofer, Recht der sozialen Sicherheit in den USA, *Sociaal Maandblad Arbeid* 1991, p. 550-551.
57. Kabinetsstandpunt herziening uitvoeringsorganisatie sociale verzekeringen, *Sociaal Bestek* 1991, nr. 7/8, p. 2-5.
58. Ter visie. De heer M.G.M. Grubben te Zevenbergen, *Sociaal Recht* 1991, p. 199-200.
59. Rechtspraakoverzicht pensioenen, sociaal verzekeringsrecht, *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 1991, p. 94-98.
60. Sociale zekerheidswetgeving (met L. Opheikens), zevende druk, Deventer: Kluwer, 1992, 610 p.
61. Annotatie bij CRvB 10 september 1991, WW 1989/200, *Rechtspraak Sociale Verzekering* 1992/125, p. 315-318.
62. Inleiding sociale-zekerheidsrecht, Deventer: Kluwer 1992, 344 p.
63. Bespreking van: R. Holtmaat, Het recht op bijstand: een beschouwing over uitgangspunten, beginselen en rechtskarakter van bijstand, *Sociaal Recht* 1992, p. 290-292.
64. Rechtspraakoverzicht pensioenen, sociaal verzekeringsrecht (I), *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 1992, p. 99-100.

65. Rechtspraakoverzicht pensioenen, sociaal verzekeringsrecht (II), Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken 1993, p. 15-18.
66. Sociale-zekerheidswetgeving (met L. Opheikens), achtste druk, Deventer: Kluwer 1993, 630 p.
67. Bespreking van: A.H. van Zutphen, De rechtspositie van de Rijksambtenaar: aanstelling en ontslag, Rechtsgeleerd Magazijn Themis 1992, p. 356-358.
68. Strafrechtelijke sancties en sociale zekerheid, Jonkers, Het Penitentiair Recht, Gouda Quint, losbladig, p. XIII 1-128.
69. Herziening OSV brengt regionale uitvoering niet dichterbij, Sociaal Bestek 1993, nr. 9, p. 2-5.
70. Inleiding Sociale-zekerheidsrecht: Supplement 1994, Deventer: Kluwer 1994, 44 p.
71. Sociale-zekerheidswetgeving (met L. Opheikens), negende druk, Deventer: Kluwer 1994, 667 p.
72. De regionale uitvoering is om de hoek, Sociaal Bestek 1994, p. 2-4 en 16.
73. Ambtenarenwetgeving, Deventer: Kluwer 1994, 540 p.
74. Stand van zaken in de discussie over de publieke sociale zekerheid, in: W.J.P.M. Fase e.a., Sociale zekerheid: privaat of publiek?, Deventer: Kluwer 1994, p. 15-35.
75. Aard, plaats en functie van het sociale-zekerheidsrecht, in: Sociaal recht: de grenzen verkend (De Leede-bundel), Zwolle: Tjeenk Willink 1994, p. 365-380.
76. Inleiding Sociale-zekerheidsrecht, 2e druk, Deventer: Kluwer 1994, 407 p.
77. Die sozialrechtliche Stellung von Drittstaatsangehörigen im niederländischen Sozialrecht: Gleichbehandlung/Diskriminierung. Nationaal rapport voor de Conference on Social Security in Europe: equality between nationals and non-nationals, Oporto 10-12 november 1994, 17 p.
78. Bespreking van: M. Westerveld, Keuzes van gisteren ... een blauwdruk voor morgen? Honderd jaar sociale-verzekeringspensioenen in de Bondsrepubliek Duitsland, Groot-Brittannië en Nederland, Sociaal Recht 1994, p. 334 -335.
79. Sociale-zekerheidswetgeving (met L. Opheikens), tiende druk, Deventer: Kluwer 1995, 652 p.
80. Handboek Werknemersverzekeringen (losbl.), Samsom Bedrijfsinformatie: Alphen aan den Rijn, 25 p.

81. Sociale-zekerheidsrecht in 43 uitspraken (met W.H.A.C.M. Bouwens en J.J.A. Kooijman), Nijmegen: Ars Aequi 1995, 108 p.
82. Supplement 1995 bij Inleiding Sociale-zekerheidsrecht (2e druk), Deventer: Kluwer 1995, 51 p.
83. De Awb en het sociale-zekerheidsrecht, Deventer: Kluwer 1995, 126 p.
84. Altenhilfe in den Niederlanden (samen met A.M. Wildeboer), 119 p. (niet gepubliceerd).
85. Sociale-zekerheidsrecht en overgangsrecht (samen met H.C. Cusell, F.W.M. Keunen, J. Platschorre, J.R.M. Smulders, M. Westerveld en F.P.Zwart), Deventer: Kluwer 1995, 187 p.
86. Sociale-zekerheidswetgeving (met L. Opheikens), elfde druk, Deventer: Kluwer 1996, 748 p.
87. De Algemene bijstandswet in hoofdlijnen, Lelystad: Vermande 1996, 121 p.
88. Sociale zekerheid en individuele verantwoordelijkheid: de sociale-zekerheidsmens 1946-1996, in: C.J. Loonstra, H.W.M.A. Staal en W. Zeijlstra, Arbeidsrecht en Mensbeeld 1946-1996, Deventer: Kluwer 1996, p. 291-303.
89. Ambtenarenwetgeving, tweede druk, Deventer: Kluwer 1996, 575 p.
90. Het Ctsv: nieuwe verhoudingen binnen de sociale zekerheid, Tijdschrift Privatisering 1996, p. 4-6
91. Inleiding Sociale-zekerheidsrecht, derde druk, Deventer: Kluwer 1996, 433 p.
92. Equal and unequal treatment according to nationality, in: B. von Maydell & B. Schulte (ed.), Treatment of third-country nationals in the EU and EEA Member-States in terms of social security law, Leuven: Peeters 1995, p. 267-286.
93. Samenwerken bij zwart-werkfraudebestrijding (samen met J.C. Coolsma en M.E. Everink), Den Haag: Vuga 1996, 206 p.
94. Aspecten van financiële beschikkingverlening: een eerste evaluatie van de Awb (samen met M.S. Beerten, J./J.A. Bosch, H.E. Bröring e.a.), Deventer: Kluwer 1996, 192 p. (i.h.b. p. 145-187).
95. Vooruitkijken: de toekomst van de bestaanszekerheid, PS Specialis, Deventer: Kluwer 1996, p. 72-79.
96. Sociale-zekerheidswetgeving, twaalfde druk, Deventer: Kluwer 1997, 789 p.

97. Een kontje van de wetgever, in: L. Betten e.a. (red.) Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht (Rood-bundel), Deventer: Kluwer 1997, p. 107-120.
98. 'We gaan iets nieuws doen', in: M. Herweijer, K.S. Schuiling en H.B. Winter (red.), In wederkerigheid: opstellen voor prof. mr. M. Scheltema, Deventer: Kluwer 1997, p. 47-56.
99. Bespreking van: W.H.A.C.M. Bouwens, Onderhoudsplicht en bijstand: een onderzoek naar de verhouding tussen overheidszorg en onderhoud door familie- en gezinsleden, Themis, 1997 p. 210-211.
100. De Awb en de besluitvorming in de AWBZ, Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 1997, p. 157-167.
101. Die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall zwischen Sozialleistung und Arbeitgeberpflicht: Die neue Gesetzgebung in den Niederlanden, Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht 1997, Nr. 1, p. 53-57.
102. Altenhilfe in Europa, Landesbericht Niederlande (samen met A.M. Wildeboer), Stuttgart, 1997 p. 58-193.
103. De Algemene wet bestuursrecht en de Werkloosheidswet (samen met M.S. Beerten e.a.), rapport voor het College van toezicht sociale verzekeringen, p. 129-140.
104. De Algemene wet bestuursrecht en de premieheffing werknemersverzekeringen (samen met T. Dammers e.a.), rapport voor het College van toezicht sociale verzekeringen, p. 7-15, 34-60 (samen met J. de Ridder) en 126-132.
105. Automatisering als boodschappenjongen, PS 1997, nr. 31, p. 3-7.
106. Socialezekerheidswetgeving, dertiende druk, Deventer: Kluwer 1998, Inleiding (p. 11-20) en wettekst, 876 p.
107. Proformareductieproblematiek, Sociaal Recht 1998, nr. 2, p. 39.
108. Bespreking van: Leni Jansen, Tussen gunst en recht: cliëntenparticipatie als bijdrage aan burgerschap, Sociaal Maandblad Arbeid 1998, nr. 3, p. 146.
109. Die Soziale Sicherheit in den Niederlanden auf Diät: Die Invaliditätssicherung (1975-1998), in: Theodor Tomandl (Hrsg), Wie schlank kann soziale Sicherheit sein?, Wien: Wilhelm Braumüller 1998, p. 21-33.
110. Sociale zekerheid: van wachtwoord tot product, SMA 1998, nr. 4, p. 168-176.

111. Ambtenarenwetgeving, derde druk, Deventer: Kluwer 1998, Inleiding (p. XI-XXII) en wettekst, 668p.
112. Sociale verzekeringen 1890-1950, in: Jacques van Gerwen en Marco H.D. van Leeuwen (samenst.), Studies over zekerheidsarrangementen: risico's, risicobestrijding en verzekeringen in Nederland vanaf de Middeleeuwen, Amsterdam/Den Haag: NEHA-Verbond van Verzekeraars 1998, p. 570-604.
113. Sociale zekerheid 1950-2000, in: Jacques van Gerwen en Marco H.D. van Leeuwen (samenst.), Studies over zekerheidsarrangementen: risico's, risicobestrijding en verzekeringen in Nederland vanaf de Middeleeuwen, Amsterdam/Den Haag: NEHA-Verbond van Verzekeraars 1998, p. 807-853.
114. Bespreking van: Programmabureau Overheidsloket 2000, Handboek van Vraagpatroon naar loket, Sociaal Recht 1998, nr. 6, p. 208.
115. Inleiding Socialezekerheidsrecht, vierde, geheel herziene, druk, Deventer: Kluwer 1998, 444 p.
116. Twintig jaar sociaal recht, twintig jaar diversificatie, in: F.M. Noordam (samenst.), Sociaalrechtelijke oraties 1977-1997, Deventer: Kluwer 1998, p. 9-16.
117. Sociale zekerheid maal kwaliteit is somberheid, Sociaal Maandblad Arbeid 1999, nr. 1, p. 18-30.
118. Socialezekerheidswetgeving, veertiende druk, Deventer: Kluwer 1999, Inleiding (p. 13-22) en wettekst, 960 p.
119. Rechtsbescherming, in: C.J. van den Berg e.a., Schematisch overzicht van de Sociale verzekeringswetten, 78e druk, Deventer: Kluwer 1999, p. 40-41.
120. Dertien aantekeningen bij de Wet REA, Sociaal Maandblad Arbeid 1999, nr. 2, p. 78-89.
121. Deuren open of deuren dicht?, in: L.J.A. Damen e.a. (red.), Rechtspraak Bestuursrecht 1997-1998: de annotaties, 's-Gravenhage: Elsevier 1999, p. 97-118.
122. Europa en sociale zekerheid, in: Dossier Onderneming, Financiering en Recht, 1999, nr. 35, p. 43-48.
123. Bespreking van: Leo J.M. de Leede en J.J.A. Kooijman, The Netherlands, Social Security Law, International Encyclopaedia of Laws, Kluwer International: Den Haag, Sociaal Maandblad Arbeid 1999, nr. 3, p. 174.
124. De Algemene bijstandswet in hoofdlijnen, tweede volledig herziene druk, Lelystad: Vermande 1999, 151 p.

125. SUWI: meer bureaucratisch autisme of meer mensen aan het werk?, Sociaal Maandblad Arbeid 1999, nr. 6, p. 306-317.
126. Naschrift bij: P.S. Fluit en J.H.A.M. van Gerven, SUWI: bureaucratisch autisme of marktfobie?, Sociaal Maandblad Arbeid 1999, nr. 7/8, p. 366-371.
127. Bespreking van: B. Hoogendijk, De loondoorbetalingsplicht in het eerste ziektejaar, Sociaal Recht 1999, nr. 9, p. 235-236.
128. Hoofdzaken socialezekerheidsrecht, Deventer: Kluwer 2000, XII en 100 p.
129. Socialezekerheidswetgeving, vijftiende druk, Deventer: Kluwer 2000, Inleiding (p. 13-23) en wettekst, p. 25-1048.
130. Einde werk, einde verhaal? Vijf modellen, in: C.J. Loonstra (red.), De onderneming in de 21e eeuw (Koning-bundel), Den Haag: Boom 2000, p. 327-341.
131. Bespreking van: M.A.B.L. Wienk, Europese coördinatie van aanvullende pensioenen, diss. KUB, Deventer: Kluwer 1999. Rechtsgeleerd Magazijn Themis 2000, nr. 6, p. 240-241.
132. Socialezekerheidsrecht, vijfde volledig herziene druk, Deventer: Kluwer 2000, 475 p.
133. Catch-22 op zijn Hollands, Sociaal Maandblad Arbeid 2000, nr. 9, p. 381-383.
134. Strafrechtelijke sancties en sociale zekerheid, in: J.P. Balkema e.a. (red.), Het penitentiair recht: strafrechtelijke sancties in Nederland, Deventer: Gouda Quint (losbl.), p. XIII 1-XIII 73.
135. Socialezekerheidswetgeving, zestiende druk, Deventer: Kluwer 2001, Inleiding (p. 13- 24) en wettekst (p. 25-1079).
136. Reïntegratie en preventie: de Commissie-Rood en Karl Lagerfeld, Sociaal Maandblad Arbeid 2001, nr. 2. p. 117-122.
137. Inleiding, in: A.Ph.C.M. Jaspers e.a. (red.) 'De gemeenschap is aansprakelijk...': honderd jaar sociale verzekering 1901-2001, Vermande, Lelystad 2001, p. 19-22.
138. Biografie Abraham Kuyper, in: A.Ph.C.M. Jaspers e.a. (red.) 'De gemeenschap is aansprakelijk...': honderd jaar sociale verzekering 1901-2001, Lelystad: Vermande 2001, p. 87-88.
139. Prothesen en scheerzeep: honderd jaar reïntegratie en activering, in: A.Ph.C.M. Jaspers e.a. (red.) 'De gemeenschap is aansprakelijk...': honderd jaar sociale verzekering 1901-2001, Lelystad: Vermande 2001, p. 129-146.

140. Biografie Carl Paul Maria Romme, in: A.Ph.C.M. Jaspers e.a. (red.) 'De gemeenschap is aansprakelijk...': honderd jaar sociale verzekering 1901-2001, Lelystad: Vermande 2001, p. 165-166.
141. Biografie Willem Drees, in: A.Ph.C.M. Jaspers e.a. (red.) 'De gemeenschap is aansprakelijk...': honderd jaar sociale verzekering 1901-2001, Lelystad: Vermande 2001, p. 205-206.
142. Biografie Arie Adriaan van Rhijn, in: A.Ph.C.M. Jaspers e.a. (red.) 'De gemeenschap is aansprakelijk...': honderd jaar sociale verzekering 1901-2001, Lelystad: Vermande 2001, p. 241-242.
143. Biografie Jacobus Gerardus Suurhoff, in: A.Ph.C.M. Jaspers e.a. (red.) 'De gemeenschap is aansprakelijk...': honderd jaar sociale verzekering 1901-2001, Lelystad: Vermande 2001, p. 263-264.
144. Biografie Gerardus Mattheus Johannes Veldkamp, in: A.Ph.C.M. Jaspers e.a. (red.) 'De gemeenschap is aansprakelijk...': honderd jaar sociale verzekering 1901-2001, Lelystad: Vermande 2001, p. 303-304.
145. Biografie Louw de Graaf, in: A.Ph.C.M. Jaspers e.a. (red.) 'De gemeenschap is aansprakelijk...': honderd jaar sociale verzekering 1901-2001, Lelystad: Vermande 2001, p. 323-324.
146. Biografie Johannes Franciscus Hoogervorst, in: A.Ph.C.M. Jaspers e.a. (red.) 'De gemeenschap is aansprakelijk...': honderd jaar sociale verzekering 1901-2001, Lelystad: Vermande 2001, p. 345-346.
147. Overzicht kabinetten en bewindspersonen sociale zekerheid 1901-2001, in: A.Ph.C.M. Jaspers e.a. (red.) 'De gemeenschap is aansprakelijk...': honderd jaar sociale verzekering 1901-2001, Lelystad: Vermande 2001, p. 347- 352.
148. Overzicht socialezekerheidswetgeving 1901-2001, in: A.Ph.C.M. Jaspers e.a. (red.) 'De gemeenschap is aansprakelijk...': honderd jaar sociale verzekering 1901-2001, Lelystad: Vermande 2001, p. 353-365.
149. De waarde(n) van het sociaal recht: over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking (met P.F. van der Heijden), preadvies Nederlandse Juristen Vereniging 2001, Deventer: Tjeenk Willink 2001, p. iii-xii, 1-172.
150. Ambtenarenwetgeving, vierde druk, Deventer: Kluwer, XXII p. + 914 p.
151. Dual branding, LISV magazine 2001, nr. 5, p.19.
152. Hoofdzaken socialezekerheidsrecht, tweede herziene druk, Deventer: Kluwer 2002, 125 p.

153. Van arbeider tot ingezetene ... en daarna: de ontwikkeling van de personele werkingssfeer van de Nederlandse sociale verzekering, Sociaal Maandblad Arbeid 2002, nr. 2, p. 97-113.
154. Socialezekerheidswetgeving, zeventiende herziene druk, Deventer: Kluwer 2002, XXIV + 1003 + 19 p.
155. Donner is overbodig: over de samenhang van Donner, SUWI en Poortwachter, Sociaal Maandblad Arbeid 2002, nr. 3, p. 157-167.
156. De Algemene bijstandswet in hoofdlijnen, derde druk, Den Haag:Vermande 2002, 154 p.
157. Socialezekerheidsrecht, zesde herziene druk, Deventer: Kluwer 2002, 487 p.
158. Beantwoording questionnaire voor het XVII World Congress of Labour Law and Social Security, Montevideo, Uruguay, 3-5 September 2003. De vragenlijst betreft het onderwerp Social protection for the unemployed. De beantwoording omvat 23 p.
159. The Netherlands, in: Danny Pieters (red.), The Social Security Systems of the Member States of the European Union, Intersentia: Antwerp-Oxford-New York 2002, p. 247-268.
160. Socialezekerheidswetgeving, 18e herziene druk, Deventer: Kluwer 2002, XXIV + 1053 + 22 p.
161. Hoe fraude en handhaving Nederland en de Sociale Verzekeringsbank veranderden, Sociaal Maandblad Arbeid 2003, nr. 1, p. 16-29.
162. De personele werkingssfeer van de Nederlandse sociale verzekering (1901-2001), in: Jos Berghman e.a. (red.), Honderd jaar sociale zekerheid in Nederland, Eburon: Delft, 2003, p. 19-35 (verkorte versie van Van arbeider tot ingezetene ... en daarna: de ontwikkeling van de personele werkingssfeer van de Nederlandse sociale verzekering, in: Sociaal Maandblad Arbeid 2002, nr. 2, p. 97-113.
163. De werkgever als belanghebbende in de sociale verzekering, Jurisprudentie Bestuursrecht plus 2003, p. 60-72.
164. Bespreking van E. Verhulp e.a., Inleiding Nederlands ambtenarenrecht, Boom Juridische uitgevers: Den Haag, 2002, Sociaal Maandblad Arbeid 2003, nr. 7/8, p. 365-366.
165. De loonsanctie, beslist niet het mooiste kind van de poortwachter, Sociaal Maandblad Arbeid 2003, nr. 10, p. 439-450.
166. Bespreking van B. Barentsen, Arbeidsongeschiktheid. Aansprakelijkheid, bescherming en compensatie, Kluwer: Deventer, Sociaal Maandblad Arbeid 2003, nr. 10. p. 493-494.

167. Bespreking van A.C. Damsteegt, De aansluiting van de Werkloosheidswet op het ontslagrecht, Den Haag: Boom 2003, Sociaal Maandblad Arbeid 2003, nr. 10, p. 495-496.
168. Hoofdzaken socialezekerheidsrecht, derde druk, Deventer: Kluwer 2004, XII + 132 p.
169. Socialezekerheidswetgeving, negentiende druk, Deventer: Kluwer 2004, XXV + 1089 + 23 p.
170. De Wet werk en bijstand, een introductie, Sociaal Maandblad Arbeid 2004, nr. 5, p. 216-230.
171. Socialezekerheidsrecht, zevende herziene druk, Deventer: Kluwer 2004, 513 p.
172. Bespreking van I.P. Asscher-Vonk en W.J.P.M. Fase, Bakels, Schets van het Nederlands arbeidsrecht, zeventiende druk, Deventer: Kluwer 2003; G.J.J. Heerma van Voss, Inleiding Nederlands sociaal recht, derde druk, Den Haag: Boom 2003; C.J. Loonstra en W.A. Zondag, Arbeidsrechtelijke thema's, Den Haag: Boom 2004, Sociaal Maandblad Arbeid 2004, nr. 7/8, p. 383-386.
173. Noot bij HR 27 februari 2004, Nederlandse Jurisprudentie 2004, 488, p. 4090-4092.
174. Uitkering ontvangen betekent werken?, In Casu, Juridisch Magazine 2004, nr. 1, p. 63-64.
175. De Wet werk en bijstand in hoofdlijnen, Den Haag: Sdu 2004, 176 p.
176. Inleiding (samen met M. Herweijer), in: M. Herweijer e.a. (red.), Alles in één keer goed. Juridische kwaliteit van bestuurlijke besluitvorming, Deventer: Kluwer 2005, p. 1-11.
177. Kwaliteit en sociale zekerheid: een impressie, in: M. Herweijer e.a. (red.), Alles in één keer goed. Juridische kwaliteit van bestuurlijke besluitvorming, Deventer: Kluwer 2005, p. 51-68.
178. Socialezekerheidswetgeving, 20e druk, Deventer: Kluwer 2005, XXV + 1101 + 24 p.
179. Sociale zekerheid: een uiterst veranderlijk verschijnsel (I), Sociaal Maandblad Arbeid 2005, nr. 6, p. 272-283.
180. Sociale zekerheid: een uiterst veranderlijk verschijnsel (II), Sociaal Maandblad Arbeid 2005, nr. 7/8, p. 335-345.
181. Werknemersverzekeringen en aanverwante regelingen, in: I.P. Asscher-Vonk en W.J.P.M. Fase (met medewerking van F.M. Noordam), H.L. Bakels. Schets van het Nederlandse arbeidsrecht, achttiende druk, Deventer: Kluwer 2005, p. 319-406.

182. Bespreking van: G.C. Boot, Arbeidsrechtelijke bescherming (diss. Leiden), Den Haag: Sdu 2005, Arbeidsrechtelijke Annotaties 2005, nr. 2, p. 108-115.
183. Hoofdzaken socialezekerheidsrecht, vierde druk, Deventer: Kluwer 2006, XIII + 150 p.
184. Socialezekerheidsrecht: ingewikkeld ingewikkeld, in: Saskia Klosse (red), Arbeid en Gezondheid: schipperen tussen verantwoordelijkheid en bescherming, afscheidsbundel voor Ad Geers, Universitaire Pers Maastricht, 2006, p. 223-234.

Biografie F.M. Noordam

Op 31 oktober 1942 wordt Frederik Martinus Noordam in Dordrecht geboren. Op het Gymnasium Erasmianum te Rotterdam kiest hij voor de alfa-variant. Na met succes het eindexamen te hebben afgelegd, schrijft hij zich in Groningen in voor een studie sociologie. Al snel blijkt dat zijn hart meer uitgaat naar de praktische relevantie en precisie van het recht dan naar de abstractie en distantie van de sociale wetenschap. Van 1961 tot 1966 studeert Noordam Nederlands recht (privaatrechtelijke richting) aan de Rijksuniversiteit Utrecht.

Na het behalen van zijn bul en het vervullen van de militaire dienstplicht treedt hij in dienst bij het toenmalige Nederlandse Verbond van Vakverenigingen (nu: FNV). Als hoofd van het Bureau voor Arbeidsrecht te Rotterdam houdt hij zich van 1968 tot 1974 bezig met rechtshulp aan leden van de bij het NVV aangesloten vakorganisaties. In 1974 zoekt Noordam ruimte voor reflectie op de casuïstiek en hectiek van de talloze arbeidsrechtelijke conflicten die zijn bureau passeren. Als wetenschappelijk medewerker arbeidsrecht aan de Juridische Faculteit te Groningen zal hij zich vanaf 1974 bezig houden met het systeem van het sociale zekerheidsrecht en de ontwikkeling daarvan. In 1976 volgt zijn benoeming tot wetenschappelijk hoofdmedewerker.

Bij besluit van 2 maart 1978 benoemt de Staatssecretaris van Sociale Zaken Noordam tot Kroonlid in de Sociale Verzekeringsraad, een organisatie die de Minister adviseert over wetsontwerpen op het terrein van de sociale zekerheid en toezicht uitoefent op de toepassing van deze wetten door de uitvoeringsorganen. Frits zal deze functie blijven vervullen tot de opheffing van de Sociale Verzekeringsraad in 1994. Daarna maakt Noordam, van 1995 tot en met 2004, als Kroonlid deel uit van het bestuur van de Sociale Verzekeringsbank, het uitvoeringsorgaan van onder andere de AOW. Daarnaast is hij enkele jaren plaatsvervangend raadsheer bij de Centrale Raad van Beroep.

De benoeming van Noordam tot bijzonder hoogleraar sociaal zekerheidsrecht wordt bij Koninklijk Besluit van 11 april 1986 bekrachtigd. Deze leerstoel is ingesteld door de Stichting Mr. H.P.L.C. de Kruyff-fonds, welk fonds later fuseert met de Stichting Instituut Gak. In de twintig jaar dat Frits deze bijzondere leerstoel bezet is dr. E.P. de Jong als curator steeds nauw betrokken bij het toezicht op de wijze waarop de leerstoelhouder zijn wetenschappelijke taken uitoefent. Op 1 september 2006 legt Frits zijn hoogleraarschap neer en gaat hij met emeritaat.

Tijdens zijn hoogleraarschap begeleidt Noordam dissertatieonderzoek naar de invloed van cliëntenparticipatie, naar de socialezekerheidspositie van werknemers in de collectieve sector, naar het systeem van de Algemene Bijstandswet, naar de betekenis van contracten bij trajectbegeleiding van uitkeringsgerechtigden, en naar arbeidsverhoudingen in het basisonderwijs en voortgezet onderwijs. In 2001 brengt hij samen met prof. mr. P.F. van der Heijden aan de Nederlandse

Juristenvereniging een invloedrijk preadvies uit over de beginselen die aan de ontwikkeling van socialezekerheidsrecht ten grondslag moeten worden gelegd. Op 8 juni 2006 ontvangt Noordam van de Stichting Raden van Arbeidprijs voor zijn werk de Oeuvreprijs.

DEEL II

ALGEMENE BESCHOUWINGEN

Sociale zekerheid in macro-perspectief

Kees Goudswaard en Philip de Jong

2.1 Inleiding

In deze bijdrage zullen wij ingaan op het belang van sociale zekerheid in macro-economisch perspectief. Daarbij zullen we aandacht besteden aan omvang en ontwikkeling van de uitgaven aan sociale zekerheid, gerelateerd aan de omvang van de economie. We zullen echter ook toelichten waarom dergelijke macrostatistieken soms vertekend zijn en voorzichtig geïnterpreteerd moeten worden. Ook de ontwikkeling van het aantal uitkeringen, uitgesplitst naar de belangrijkste categorieën, en de verhouding met het aantal werkenden komen aan de orde. Vervolgens gaan we in op de vraag hoe de omvang van het Nederlandse stelsel van sociale zekerheid beoordeeld kan worden in internationaal vergelijkend perspectief en hoe de sociale zekerheid is samengesteld in diverse landen. Daarbij laten we ook zien wat het belang is van private sociale uitgaven in verschillende landen.

2.2 Uitgavenontwikkeling

Zoals bekend gaat er in het stelsel van sociale zekerheid veel geld om. Met de collectieve uitgaven aan uitkeringen en verstrekkingen in het kader van de sociale zekerheid is, uitgaande van de meest gebruikte afbakening, in 2005 ruim 94 miljard euro gemoeid. Daarvan valt 43,5 miljard euro toe te rekenen aan de sociale verzekeringen, 38,2 miljard euro aan de publieke ziektekostenverzekeringen en 12,8 miljard euro aan de sociale voorzieningen; zie tabel 2.1. Bij deze uitgaven aan sociale zekerheid zijn de aanvullende pensioenen niet meegeteld. Daarbij gaat het ook om substantiële bedragen. In bijvoorbeeld 2004 werd voor een bedrag van 16,5 miljard euro uitgekeerd door de pensioenfondsen.¹ Wanneer dus een ruimere definitie van sociale zekerheid wordt gehanteerd inclusief de aan-

¹ DNB, Statistisch Bulletin, december 2005.

vullende pensioenen, bedragen de totale uitgaven aan socialezekerheidsregelingen meer dan 110 miljard euro.

De sterke expansie van het sociale stelsel, vooral gedurende de jaren zeventig, wordt weerspiegeld in de ontwikkeling van de uitgaven. Sinds 1970 zijn de totale uitgaven meer dan vertienvoudigd. De ontwikkeling van de uitgaven aan sociale zekerheid in lopende euro's geeft een vertekend beeld, doordat inflatie de waarde van de euro (voorheen de gulden) heeft uitgehold en door de reële groei van de economie. Daarom worden de uitgaven meestal uitgedrukt in procenten van het bruto binnenlands product (bbp). Dat levert de socialezekerheidsquote (szq) op. Tussen 1970 en 2005 steeg de szq van 15,6 procent naar 19,8 procent. De verschillen tussen de decennia zijn opvallend. In de jaren zeventig is de szq zeer fors gestegen. Daarna trad een stabilisatie op in de jaren tachtig. In de jaren negentig is de szq fors gedaald. Sinds de eeuwwisseling is die daling weer omgebogen in een lichte stijging.

Tabel 2.1 Collectieve uitgaven sociale zekerheid, 1970-2005 (mrd. euro)

	1970	1980	1990	2000	2005 ^{a)}
Sociale verzekeringen (excl. ziektekostenverz.)	4,9	20,8	32,5	34,6	43,5
Ziektekostenverzekeringen	1,9	8,7	13,9	27,4	38,2
Sociale voorzieningen	1,8	8,1	9,6	11,4	12,8
Totaal	8,6	37,6	56,0	73,4	94,5
in % bbp (szq)	15,6	24,6	23,8	18,3	19,8
Totaal exclusief ziektekostenverzekeringen	6,7	28,9	42,1	46,0	56,3
in % bbp (szq)	12,1	18,9	17,8	11,5	11,8

a) Voorlopige raming.

Bron: Sociale Nota, diverse jaren; Rijksbegroting SZW; Centraal Economisch Plan, diverse jaren.

Bij de interpretatie van cijfers over de socialezekerheidsuitgaven is voorzichtigheid geboden. De cijfers kunnen namelijk door ten minste vier oorzaken zijn vertekend.²

Ten eerste is van belang welke definitie van sociale zekerheid wordt gebruikt. Veel regelingen die complementair zijn aan sociale uitkeringen worden in Nederland buiten de definitie van sociale zekerheid gehouden. Voorbeelden van zulke complementaire regelingen zijn de huurtoeslag (voorheen huursubsidie), de zorgtoe-

2 K.P. Goudswaard, C.A. de Kam en C.G.M. Sterks, *Sociale zekerheid op het breukvlak van twee eeuwen*, Den Haag: Samsom/Kluwer 2000.

slag en speciale regelingen voor de ‘sociale minima’, zoals kwijtschelding van sommige gemeentelijke heffingen. Verder kunnen veranderingen in publieke regelingen worden gecompenseerd door tegengestelde veranderingen bij bovenwettelijke regelingen die vaak wel een collectief karakter hebben. Zo is de versobering van de publieke arbeidsongeschiktheidsuitkering in 1993 (het ‘WAO-gat’) op grote schaal gerepareerd door middel van per collectieve arbeidsovereenkomst geregelde aanvullingen. Statistisch gezien treden weliswaar mutaties op – de collectieve uitgaven voor de WAO dalen of zij nemen minder snel toe – maar de economische gevolgen, bijvoorbeeld voor de arbeidskosten en de werkgelegenheid en voor de aantrekkelijkheid van de WAO als alternatief voor de WW of de VUT, zijn in hoge mate vergelijkbaar. Evenzo treedt een vertekening op door de privatisering van de Ziektewet. Alleen voor bijzondere groepen, zoals flexwerkers, zwangere vrouwen en werklozen, bestaat nog een publieke vangnetregeling. De kosten daarvan bedroegen in 2000 circa 1,3 miljard euro. Met de ZW oude stijl was in 1990 omgerekend nog een bedrag van meer dan 5 miljard euro gemoeid. Hoewel doorgaans niet meegerekend in de statistieken, kan de voor werkgevers verplichte loondoorbetaling bij ziekte wel degelijk opgevat worden als onderdeel van het stelsel van sociale zekerheid.

Ten tweede worden de uitgaven aan sociale zekerheid opwaarts vertekend, doordat de meeste uitkeringen in Nederland bruto worden verstrekt.³ Over deze bruto-uitkeringen moet belasting en premie worden betaald, zodat de netto-overdracht aan uitkeringsontvangers geringer is dan de bruto-uitgaven suggereren. De meeste andere landen verstrekken netto-uitkeringen. De szq is dan lager terwijl in feite een zelfde financiële inspanning ten gunste van de groep uitkeringsontvangers wordt gedaan.

Ten derde kan de overheid sociale doelstellingen ook nastreven door middel van fiscale tegemoetkomingen in plaats van uitkeringen. In dat geval wordt gesproken van ‘belastinguitgaven’. Zo kende Nederland in het verleden naast kinderbijslag ook een fiscale kinderaftrek. Meer recent is de opkomst van de kinderkortingen. De inkomensondersteuning voor gezinnen met kinderen wordt zo voor een deel gerealiseerd op een manier die niet is terug te vinden in de uitgavenstatistieken. Wel nemen de belastingopbrengsten uiteraard af. Materieel staat de fiscale tegemoetkoming op één lijn met een rechtstreekse uitkering.⁴

Ten slotte wordt het beloop van de szq niet alleen bepaald door de ontwikkeling van de uitgaven voor regelingen van sociale zekerheid, maar ook door de nominale economische groei. Stijgt het bbp dan daalt de szq (bij een gegeven uitgavenpeil), en omgekeerd.⁵ Dit zogeheten ‘noemereffect’ wordt versterkt door oor-

3 Met uitzondering van de kinderbijslag en de verstrekkingen in het kader van de ZFW en de AWBZ.

4 Een belangrijk verschil is echter dat het voordeel van een aftrekpost groter is naarmate de belastingplichtige in een hogere tariefschijf valt. Bij een progressief belastingstelsel hebben hogere inkomensgroepen dus meer baat bij kinderaftrek dan lagere inkomensgroepen.

5 In dit verband is ook van belang dat bij een revisie van de Nationale Rekeningen het bbp vanaf 1995 aanzienlijk opwaarts is bijgesteld.

zakelijke verbanden tussen economische groei en het peil van de sociale uitgaven. Zo leidt een hoge economische groei meestal tot een geringer beroep op de werkloosheidsregelingen. Veranderingen in de szq weerspiegelen dus niet alleen de ontwikkelingen in de sociale zekerheid, maar ook de schommelingen van de conjunctuur.

2.3 Volumeontwikkeling

Tabel 2.2 geeft een beeld van de aantallen individuen met een uitkering wegens inkomensderving, naar oorzaak van het verlies aan inkomen. De ziektekostenregelingen en de kinderbijslag zijn hier dus niet meegerekend. De cijfers hebben betrekking op volledige uitkeringsjaren. De uitkeringen in verband met ziekte korter dan een jaar zijn hier buiten beschouwing gelaten.

In 2004 werden 4 miljoen uitkeringen wegens inkomensderving verstrekt. Dat is ruim tweemaal zoveel als in 1970. Zowel in de jaren zeventig als in de jaren tachtig is het volume met circa 1 miljoen uitkeringsontvangers toegenomen. In de eerste helft van de jaren negentig stabiliseert het volume, terwijl vanaf 1997 voor het eerst een – zij het beperkte – daling is opgetreden. Aan de groep die potentieel tot de beroepsbevolking hoort (individueen jonger dan 65 jaar) worden ruim 1,5 miljoen uitkeringen verstrekt. Dat is meer dan drie keer zo veel als in 1970 het geval was. De helft van de volumestijging tussen 1970 en 2004 valt rechtstreeks toe te schrijven aan de demografische ontwikkeling: er kwam ruim één miljoen AOW-ers bij. De groei van de uitkeringen wegens arbeidsongeschiktheid verklaart ruim een kwart (28%) van de volumestijging, het grotere aantal werkloosheidsuitkeringen nog een klein kwart (22%).

Tabel 2.2 De verdeling van het volume sociale zekerheid in uitkeringsjaren ($\times 1000$), 1970-2004

	1970	1980	1990	2000	2004
Werkloosheid ^{a)}	125	250	693	510	603
Arbeidsongeschiktheid ^{b)}	196	611	790	802	794
Nabestaanden	154	171	195	167	143
Totaal exclusief AOW	475	1.032	1.678	1.479	1.540
AOW ^{c)}	1.421	1.783	2.043	2.334	2.499
Totaal inclusief AOW	1.896	2.815	3.721	3.813	4.039

a) Voor 1970 is het aantal werkloosheidsuitkeringen genomen uit hoofde van WW, WWV en ABW-uitkeringen aan mensen beneden 65 jaar en aan werkloze werknemers. Voor 1980 bestaat het uit WW, WWV en RWW-uitkeringen, voor 1990 en 2000 uit

WW, ABW-uitkeringen aan mensen beneden 65 jaar en aan werkloze werknemers en voor 2004 uit WW en ABW. Bron: UWV, Kroniek van de sociale verzekeringen 2005, Sociale Nota 2001 en Financiële Nota sociale zekerheid 1987.

b) Uitkeringen aan arbeidsongeschiktheid bestaan uit WAO-, WAZ- en Wajong-uitkeringen. Het ziekteverzuim is dus buiten beschouwing gelaten.

c) In de periode vóór 1985 was het feitelijk aantal uitkeringen lager. In dat jaar werd het recht op een AOW-uitkering verzelfstandigd, hetgeen tot een aanzienlijke stijging van het aantal AOW-gerechtigden leidde. De volume cijfers voor 1970 en 1980 zijn herberekend op basis van de sinds 1985 geldende definitie om de ontwikkeling in de tijd vergelijkbaar te maken.

In tabel 2.3 wordt het uitkeringsvolume gerelateerd aan het volume van de werkenden. Dit verhoudingsgetal staat bekend als de inactieven/actieven-ratio, of i/a-ratio. De i/a-ratio representeert in zekere zin het financieringsdraagvlak van de sociale zekerheid. De werkenden brengen immers de belasting- en premie middelen op waaruit de uitkeringen betaald moeten worden.⁶ Een stijging van de i/a-ratio geeft aan dat relatief minder werkenden de uitkeringen moeten financieren. Zo'n stijging heeft zich tussen 1970 en 1990 inderdaad voorgedaan. Terwijl in 1970 tegenover 45 uitkeringsontvangers nog 100 werkenden stonden, was die verhouding in het begin van de jaren negentig verslechterd tot 82 inactieven tegenover 100 actieven. Dit duidt op een aanzienlijke versmalling van het draagvlak voor de sociale zekerheid.

Tabel 2.3 I/a-ratio, 1970-2005

	1970	1980	1990	2000	2005a)
I/a-ratio	45	66	82	67	70
Idem exclusief 65+	16	32	42	31	31

a) Voorlopige raming.

Bron: Sociale Nota, diverse jaren; Centraal Economisch Plan, diverse jaren.

In de tweede helft van de jaren '90 tekent zich echter een daling van de i/a-ratio af, door het gecombineerde effect van minder uitkeringsontvangers (een lagere teller) en, vooral, groeiende werkgelegenheid (een hogere noemer). Met name de i/a-ratio exclusief 65-plussers daalde snel. Gedurende de eerste vijf jaar van deze eeuw is de i/a-ratio weer gestegen.

⁶ Dit is overigens niet geheel juist, omdat de sociale zekerheid voor een deel wordt gefinancierd uit de algemene middelen, waar alle bevolkingsgroepen aan bijdragen.

2.4 **Beleid**

De vraag kan worden gesteld in hoeverre de hierboven beschreven kwantitatieve ontwikkelingen in het stelsel van sociale zekerheid beïnvloed zijn door het beleid. Duidelijk is dat in de jaren tachtig van de vorige eeuw een duidelijke omslag plaatsvond in het denken over sociale zekerheid.⁷ Het inzicht brak door dat de financiële grenzen van de verzorgingsstaat waren bereikt of overschreden. De oplopende kosten van de sociale zekerheid werden gezien als een grote bedreiging voor de overheidsfinanciën en voor werkgelegenheid en economische groei. Vervolgens begon een periode waarin het beleid sterk was gericht op terugdringing van de uitgaven. Dit gebeurde aanvankelijk vooral door ingrepen in de hoogte en de duur van de uitkeringen. Anders gezegd, de ‘polisvoorwaarden’ werden versoerd. Met name het achterwege laten van de koppeling van de uitkeringen aan de lonen was ingrijpend. De koopkracht van de minimumuitkeringen is daardoor gedurende de jaren tachtig met 8 procent afgenomen.⁸ De bovenminimale uitkeringen in de werknemersverzekeringen (WAO, ZW en WW) werden verlaagd van 80 procent naar 70 procent van het laatstgenoten loon. Bij de werknemersverzekeringen is de verslechterde dekking door publieke regelingen overigens voor een belangrijk deel gecompenseerd door (uitbreiding van) bovenwettelijke private regelingen. De versoering van de publieke sociale zekerheid zorgde ervoor dat in de jaren tachtig, ondanks een stijging van het uitkeringsvolume met bijna een miljoen, de socialezekerheidsquote zelfs enigszins kon dalen. In de jaren negentig verschoof de nadruk in het socialezekerheidsbeleid naar volumebeperking en activering. Daartoe is onder andere gekozen voor vormen van marktwerking en privatisering. Kerngedachte daarbij was dat alle betrokkenen – uitkeringsontvangers, werkgevers, werknemers en uitvoerders – sterker moesten worden geconfronteerd met de kosten die hun gedrag veroorzaakt. Met name bij de Ziektewet en de arbeidsongeschiktheidsverzekering ontbrak die kostenconfrontatie in het verleden. De parlementaire enquête van 1993 maakte duidelijk dat de – ook internationaal gezien – uitzonderlijk grote volumes in deze regelingen in belangrijke mate het gevolg waren van onbedoelde gedragsreacties (‘moral hazard’). Vooral de WAO is door werkgevers en werknemers gebruikt als relatief aantrekkelijke uitredingsroute, waarbij de kosten werden afgewenteld op het collectief van de premiebetalers. Het is dus niet verwonderlijk dat de meest ingrijpende wijzigingen zijn toegepast bij de arbeidsongeschiktheidsregelingen. In het licht van het activeringsbeleid is de volumeontwikkeling gedurende de jaren negentig in feite teleurstellend geweest, zeker gelet op de zeer gunstige economische ontwikkeling in de tweede helft van de jaren negentig. Zoals tabel 2.2 laat zien daalde het uitkeringsvolume onder de 65 jaar met circa 200.000, oftewel zo’n 10 procent. Die daling kwam voor rekening van de werkloosheidsrege-

7 F.M. Noordam, ‘Sociale zekerheid: een uiterst veranderlijk verschijnsel (I)’, *SMA* 2005, p. 272-281.

8 Zie Sociale Nota 2002.

lingen en de introductie van een veel kariger nabestaandenregeling in 1996. Na een aanvankelijke daling van het arbeidsongeschiktheidsvolume in de periode 1994-1996 steeg het daarna weer fors. Blijkbaar was het WAO-probleem in 2000 nog niet opgelost.⁹

De szq daalde in de jaren negentig wel fors. Dat is echter voor een belangrijk deel toe te rekenen aan het noemereffect (de stijging van het bbp, zie hiervoor) en aan de verschuiving van publieke naar private (bovenwettelijke) sociale zekerheid. Omgekeerd verklaart de verslechtering van de economie de stijging van de szq sinds 2000. Ook de volumestijging gedurende de laatste 5 jaar, die geheel is toe te rekenen aan de werkloosheidsuitkeringen,¹⁰ is toe te schrijven aan de economische malaise.

2.5 Internationale vergelijking

Rond 1980 werd Nederland alom beschouwd als één van de landen met de meest uitgebreide stelsels van sociale zekerheid. Dat wordt bevestigd door tabel 2.4. Met Zweden en Denemarken had Nederland binnen de groep van OESO-landen de hoogste uitgaven aan sociale bescherming als percentage van het bbp. Het uitgavenniveau lag in Nederland ongeveer 7 procentpunt boven het gemiddelde in de OESO en ongeveer 6 procentpunt boven het gemiddelde in de EU. Dat beeld is echter in de laatste decennia fors veranderd. In de meeste landen zijn de uitgaven aan sociale bescherming sinds 1980 toegenomen. Nederland en Ierland zijn de enige twee OESO-landen waar de uitgavenquote fors is afgenomen. In 2001 lag het uitgavenniveau in Nederland ongeveer op het gemiddelde van de OESO-landen en ruim 2 procentpunt onder het gemiddelde in de EU. De uitgavenquoten in de Angelsaksische landen liggen, zoals verwacht, ver onder het gemiddelde (dat geldt vooral voor de Verenigde Staten).

9 Ph. R. de Jong, 'De WAO, 1967-2006. Over de opkomst en ondergang van een sociale arbeidsongeschiktheidsverzekering', *Tijdschrift voor politieke economie* 2004, p. 4-26.

10 Het aantal arbeidsongeschiktheidsuitkeringen is tussen 2000 en 2005 iets gedaald.

Tabel 2.4 Publieke uitgaven aan sociale bescherming als % bbp, 1980-2001

	1980	1990	2001
Australië	11,3	14,2	18,0
België	24,1	26,9	27,2
Canada	14,3	18,6	17,8
Denemarken	29,1	29,3	29,2
Duitsland	23,0	22,8	27,4
Finland	18,5	24,8	24,8
Frankrijk	21,1	26,6	28,5
Griekenland	11,5	20,9	24,3
Ierland	17,0	18,6	13,8
Italië	18,4	23,3	24,4
Japan	10,2	11,2	16,9
Luxemburg	23,5	21,9	20,8
Nederland	26,9	27,6	21,8
Nieuw-Zeeland	17,2	21,9	18,5
Noorwegen	17,9	24,7	23,9
Oostenrijk	22,5	24,1	26,0
Polen	–	15,5	23,0
Portugal	10,9	13,9	21,1
Spanje	15,9	19,5	19,6
Verenigd Koninkrijk	17,9	19,5	21,7
Verenigde Staten	13,3	13,4	14,8
Zweden	28,8	30,8	28,9
Zwitserland	14,2	17,9	26,4
OESO	17,7	20,5	21,9
EU-15	20,6	23,4	24,0

Bron: OESO (2004), Social Expenditure Database (SOCX, www.oecd.org/els/social/expenditure).

Aan de hand van de tabellen 2.5 en 2.6 onderzoeken we hoe de uitgaven aan sociale bescherming zijn samengesteld en welke uitgavenposten hebben bijgedragen aan de groei. De samenstelling naar uitgavenpost betreft cijfers voor 2001. Gemiddeld over de 19 beschouwde OESO-landen genomen wordt het meest besteed (36%) aan publieke pensioenen ('ouderen'). Gezondheidszorg komt op de tweede plaats met circa 28%. Uitkeringen vanwege arbeidsongeschiktheid en werkloosheid nemen 17% voor hun rekening. Van de resterende 20% worden 13 procentpunten besteed aan pensioenen voor nabestaanden en aan gezinnen, waaronder regelingen vallen als onze kinderbijslag.

De variatie rondom die gemiddelden is groot. Drie factoren bepalen die variatie:

de omvang van het risico, de uitkeringsvoorwaarden en de uitkeringshoogte. De omvang van het risico is bijvoorbeeld de snelheid waarmee de bevolking vergrijsst. Nederland kent minder 65-plussers dan landen als Duitsland of Japan en dat is een reden voor het relatief kleine aandeel van de publieke pensioenen (AOW) in het totaal aan socialezekerheidsuitgaven. Een goed voorbeeld van de invloed van de regeling zelf is Italië dat een grote werkloosheid kent, maar slechts een gering deel van zijn sociale budget besteedt aan werkloosheidsuitkeringen.

Binnen de OESO wordt gemiddeld 27% uitgegeven aan gezondheidszorg; Nederland ligt iets onder dat gemiddelde. De Verenigde Staten daarentegen, besteden 42% van hun sociale budget aan publiek gefinancierde gezondheidszorg. Daar komen de private uitgaven aan gezondheidszorg nog bij (zie tabel 2.7). Verder blijkt dat gemiddeld bijna drie keer zo veel wordt uitgegeven aan arbeidsongeschiktheidsuitkeringen als aan uitkeringen vanwege werkloosheid. Niet alleen zijn de uitkeringen bij arbeidsongeschiktheid bijna overal hoger, de aanzuigende werking van die uitkeringen is ook groter.

Zo blijkt het WAO-probleem geen specifiek Nederlands issue te zijn. Ook andere landen, zoals Noorwegen, Polen en Zwitserland, gebruiken de arbeidsongeschiktheidsverzekering als sociaal ventiel. Pijnlijke maatschappelijke veranderingen, zoals de transitie naar een markteconomie in Polen, of groeiende kwalitatieve discrepanties op de arbeidsmarkt (Noorwegen en Zwitserland) worden dan afgekocht met een uitkering vanwege arbeidsongeschiktheid.¹¹

Tabel 2.5 Publieke uitgaven aan sociale bescherming per sector als % totale uitgaven, 2001

<i>Sector als percentage totale uitgaven</i>	<i>Australië</i>	<i>België</i>	<i>Canada</i>	<i>Denemarken</i>	<i>Duitsland</i>	<i>Finland</i>	<i>Frankrijk</i>
Ouderen	26,3	31,8	27,0	28,4	42,5	32,0	37,4
Nabestaanden	1,4	9,7	2,4	0,0	1,6	3,8	5,3
Arbeidsongeschiktheid	12,7	12,0	4,6	13,2	8,4	15,6	7,5
Werkloosheid	5,4	8,2	4,5	10,1	4,6	8,0	5,7
Re-integratie	2,5	4,6	2,4	5,2	4,1	3,8	4,5
Gezondheidszorg	34,6	23,6	37,6	24,2	29,3	21,3	25,3
Gezinnen	15,8	8,5	5,0	13,0	7,0	12,2	9,9
Huisvesting	0,6	0,0	2,8	2,3	0,7	1,2	3,1
Overig	0,7	1,5	13,7	3,6	1,9	2,1	1,4

¹¹ Organization for Economic Co-operation and Development, *Transforming Disability into Ability*, Parijs: OECD 2003.

	Ierland	Italië	Japan	Nederland	Noorwegen	Oostenrijk	Polen
Ouderen	19,4	46,2	43,0	29,7	28,3	41,3	37,0
Nabestaanden	5,8	10,6	7,2	3,2	1,2	10,3	9,2
Arbeidsongeschiktheid	10,3	8,7	3,9	19,2	20,3	9,8	24,1
Werkloosheid	5,1	2,5	2,7	6,0	1,8	2,9	4,2
Re-integratie	5,1	1,9	1,7	5,6	3,3	2,0	0,6
Gezondheidszorg	35,6	25,9	37,0	26,4	28,4	20,2	19,0
Gezinnen	11,9	4,0	3,5	5,3	13,4	11,3	4,1
Huisvesting	3,5	0,1	0,0	1,7	0,7	0,4	0,9
Overig	3,5	0,1	1,0	2,9	2,6	1,9	1,0

	Verenigd Konink- rijk	Verenigde Staten	Spanje	Zweden	Zwitserland	EU-15	OESO
Ouderen	42,4	37,2	35,7	31,8	44,6	36,7	36,0
Nabestaanden	2,9	2,7	5,7	2,1	5,9	4,7	4,3
Arbeidsongeschiktheid	12,1	11,4	7,7	17,9	14,3	12,1	12,5
Werkloosheid	6,7	1,3	2,1	3,3	1,9	4,9	4,2
Re-integratie	4,3	1,6	1,0	4,7	1,7	3,6	2,8
Gezondheidszorg	27,4	28,1	42,0	25,7	24,1	25,4	27,7
Gezinnen	2,6	10,2	2,6	10,1	4,6	9,1	8,7
Huisvesting	0,9	6,7	0,0	2,2	0,5	1,8	1,8
Overig	0,8	0,9	3,2	2,2	2,4	1,8	2,4

In tabel 2.6 wordt aangegeven welke sectoren van sociale bescherming verantwoordelijk zijn voor de groei die in tabel 2.4 werd gedocumenteerd. Dit blijkt vooral het resultaat te zijn van de groei van uitgaven aan ouderdomspensioenen. Voor een belangrijk deel is dit vergrijzing, voor een kleiner deel gaat het om verbetering van de pensioenen. Verreweg de hardst groeiende bestedingspost is re-integratie. Dit is een beleidsterrein dat, mede onder invloed van de EU, na 1990 sterk is gegroeid.¹²

De arbeidsongeschiktheidsuitkeringen groeiden even hard als het bbp in de OESO-landen. Gemiddeld legden zij dus in 2001 een even groot beslag op de pro-

¹² In de helft van de landen die in de tabel vermeld staan, bestond re-integratie in 1980 nog niet als begrotingspost. Omdat de bestedingen nul waren, kunnen daar geen groeipercentages berekend worden. Er staat dan een streepje.

ductie als in 1980. In het Verenigd Koninkrijk en in Australië namen de arbeidsongeschiktheidsuitgaven wel fors toe. Hoewel de uitkeringen daar laag zijn, geldt in beide landen dat het de beste uitweg biedt voor mensen met medische of sociale arbeidsbeperkingen.

Het beslag van de gezondheidszorg op de productie is gemiddeld met ruim 10% toegenomen. Dat is veel minder dan de pensioenen. Blijkbaar deed de vergrijzing zich tot 2001 nog niet zo heel sterk voelen in stijgende medische kosten.

Tabel 2.6 Procentuele verandering tussen 1980 en 2001 van de uitgaven aan sociale bescherming als % bbp, per sector

	Australië	België	Canada	Denemarken	Duitsland	Finland	Frankrijk
Ouderen	46	43	52	2	17	52	38
Nabestaanden	-58	-14	99	-92	-51	10	-22
Arbeidsongeschiktheid	130	-14	6	-9	10	9	-23
Werkloosheid	43	-10	-37	-39	148	202	-
Re-integratie	-	-	42	250	-	-4	-
Gezondheidszorg	42	20	26	-12	18	5	24
Gezinnen	189	-25	14	33	-17	60	14
Huisvesting	-56	-	-37	72	62	41	105
Overig	-27	58	18	-	85	232	-
Totaal	59	13	21	1	19	34	35
	Ierland	Italië	Japan	Nederland	Noorwegen	Oostenrijk	Spanje
Ouderen	-41	53	134	-9	33	25	77
Nabestaanden	-35	53	14	-39	-47	-14	-67
Arbeidsongeschiktheid	-41	7	14	-41	43	30	-3
Werkloosheid	-	3	1	-24	24	-	-34
Re-integratie	-	-	-	113	-	-	364
Gezondheidszorg	-28	12	35	10	14	0	24
Gezinnen	49	-11	24	-54	78	-7	4
Huisvesting	-33	236	-	41	-60	-36	-
Overig	153	-	-19	-51	75	83	265
Totaal	-19	33	61	-19	34	16	23

	Verenigd Koninkrijk	Verenigde Staten	Zweden	Zwitserland	EU-15	OESO
Ouderen	45	2	17	7	35%	39%
Nabestaanden	-68	-19	1	249	-31%	-17%
Arbeidsongeschiktheid	147	2	6	72	-6%	0%
Werkloosheid	-74	-55	156	583	0%	22%
Re-integratie	-38	-7	12	594	80%	75%
Gezondheidszorg	23	71	-12	81	9%	20%
Gezinnen	-4	-51	-27	20	10%	12%
Huisvesting	957	-	-42	59	33%	33%
Overig	-71	8	44	-25	33%	25%
Totaal	20	13	0	88	14%	21%

Een vergelijking van bruto publieke uitgaven wordt vertekend door institutionele verschillen tussen landen. Zoals hiervoor is betoogd, is het van belang of wel of niet publieke heffingen over sociale uitkeringen moeten worden betaald. Ook kan er sprake zijn van fiscale tegemoetkomingen met een sociaal oogmerk, die materieel hetzelfde effect hebben als sociale uitkeringen. Verder zijn er allerlei private sociale uitgaven, veelal met een verplicht karakter, die op één lijn met publiek gefinancierde uitgavenprogramma's kunnen worden gesteld. De OESO maakt de laatste jaren vergelijkingen waarbij voor deze institutionele verschillen wordt gecorrigeerd. Tabel 2.7 toont de meest recente gecorrigeerde data. De verschillen tussen landen in totale netto sociale uitgaven blijken opvallend klein te worden. Publieke en private sociale regelingen lijken in belangrijke mate complementair te zijn.¹³ Opvallend is dat de totale netto sociale uitgaven in de Verenigde Staten duidelijk boven het OESO-gemiddelde liggen. Dit wordt vooral verklaard door de hoge private uitgaven aan ziektekosten.

13 K. Caminada and K.P. Goudswaard, 'Are Public and Private Social Expenditures Complementary?', *International Advances in Economic Research* 2005, 11, p. 175-189.

Tabel 2.7 Netto totale uitgaven aan sociale bescherming als % bbp, 2001

	bruto publieke uitgaven	netto publieke uitgaven	netto totale uitgaven
Australië	18,0	17,1	21,1
België	24,7	21,2	23,2
Canada	17,8	17,1	20,3
Denemarken	29,2	21,8	22,5
Duitsland	27,4	25,4	27,6
Finland	24,8	19,2	20,0
Frankrijk	28,5	25,2	27,0
Ierland	13,8	12,2	12,5
Italië	24,4	20,9	21,9
Japan	16,9	17,1	20,2
Nederland	21,4	18,0	22,1
Noorwegen	23,9	19,6	20,9
Oostenrijk	26,0	20,6	21,8
Spanje	19,6	16,7	17,0
Verenigd Koninkrijk	21,8	19,8	23,3
Verenigde Staten	14,7	15,9	23,1
Zweden	29,8	23,7	26,0
OESO-23	20,4	17,9	19,8

Bron: W. Adema and M. Ladaique, 'Net Social Expenditure, 2005 Edition', *OECD Social, Employment and Migration Working Papers*, 29, Parijs, 2003.

In Nederland liggen de netto publieke uitgaven 3,4 procentpunt lager dan de bruto uitgaven. De private sociale uitgaven zijn in Nederland relatief hoog. Als gevolg daarvan ligt het niveau van de totale netto sociale uitgaven in Nederland ruim 2 procentpunt boven het gemiddelde van de OESO-landen. Het totale uitgavenniveau is in Nederland wel duidelijk lager dan in Duitsland, Frankrijk en Zweden. Ook wat betreft de i/a-ratio zijn de afwijkingen van Nederland ten opzichte van ons omringende landen inmiddels betrekkelijk gering en valt de vergelijking in veel gevallen zelfs gunstig uit, zoals blijkt uit tabel 2.8. In de meeste landen is het uitkeringsvolume in de jaren negentig toegenomen in verhouding tot het arbeidsvolume, terwijl in Nederland sprake is geweest van een forse afname.

Tabel 2.8 I/a ratio's 1990-1999

	Totaal		15-64 jaar	
	1990	1999	1990	1999
België	102	103	59	56
Denemarken	77	75	42	40
Duitsland	70	82	31	40
Frankrijk	81	93	44	49
Japan	53	77	29	36
Nederland	82	68	42	31
Verenigd Koninkrijk	69	76	32	37
Verenigde Staten	51	49	21	20
Zweden	72	84	28	36

Bron: Ministerie van SZW, Rijksbegroting SZW 2004, bijlage 14.

2.6 Conclusies

Als het verloop van macro-indicatoren voor de sociale zekerheid in de tijd wordt gezien, blijkt sociale zekerheid inderdaad een uiterst veranderlijk verschijnsel te zijn.¹⁴ Na een forse groei van de socialezekerheidsquote in de jaren zeventig, trad een stabilisatie op in de jaren tachtig en een evenzeer forse daling in de jaren negentig. De laatste jaren is de tendens weer stijgend. Ook de verhouding tussen het aantal inactieven en het aantal actieven – de i/a-ratio – vertoont een grillig verloop. Wel is de i/a-ratio de laatste 30 jaar per saldo flink gestegen. Internationaal gezien wijkt Nederland niet veel meer af van veel andere EU- en OESO-landen als het gaat om uitgaven aan sociale bescherming. De i/a-ratio is zelfs duidelijk lager dan in andere EU-landen.

Uiteraard geven macro-indicatoren voor de sociale zekerheid maar een beperkt beeld en soms ook een vertekend beeld. Definitieverschillen, fiscale effecten en verschuivingen van publieke naar private regelingen hebben veel invloed op de statistieken. Wanneer wordt gecorrigeerd voor dergelijke factoren blijken heel veel landen ongeveer dezelfde hoeveelheid middelen aan sociale bescherming te besteden in verhouding tot het bruto binnenlands product. Ook blijkt dat onder de 19 OESO-landen die wij bekeken, ouderdomspensioenen en gezondheidszorg veruit de belangrijkste uitgavenposten te zijn. Ten gevolge van de vergrijzing zijn beiden ook nog eens groeiposten. Zij zullen in toenemende mate de uitgaven aan uitkeringen vanwege werkloosheid en arbeidsongeschiktheid verdringen. Bijna overal is het ‘alle hens aan dek’ om de kosten van de vergrijzing dragelijk te houden. De enorme toename aan middelen voor re-integratie in bijna alle OESO-landen is hiervan een duidelijke indicatie.

14 F.M. Noordam, ‘Sociale zekerheid: een uiterst veranderlijk verschijnsel (I)’, SMA 2005, p. 272-281.

HOOFDSTUK 3

Solidariteit en het draagvlak voor sociale zekerheid: enkele kanttekeningen vanuit sociologisch perspectief

Wim van Oorschot

3.1 Inleiding

Het stelsel van sociale zekerheid is oorspronkelijk ontstaan op basis van onderlinge solidariteit, maar in onze huidige samenleving is door de toenemende individualisering diezelfde solidariteit zo sterk geërodeerd, dat het draagvlak voor herverdelende sociale zekerheid een probleem is geworden.

Deze stelling omschrijft in het kort de standaardwijze waarop in het huidige sociaal-economisch debat wordt gedacht over de relatie tussen solidariteit en sociale zekerheid. In dit hoofdstuk zal ik vanuit sociologisch perspectief enkele kritische kanttekeningen bij deze stelling plaatsen, vooral op het tweede deel ervan. Deze kanttekeningen leiden tot een minder pessimistisch beeld. Mijn hoofdargument is dat de stelling is gebaseerd op een beperkte opvatting van solidariteit die, gegeven het niet te ontkennen individualiseringsproces, enkel tot een negatieve conclusie kan leiden. Wat ik daartegenover stel is een sociologische definitie met een ruimer perspectief. Dit zal duidelijk maken dat burgers diverse motieven kunnen hebben om solidaire arrangementen te ondersteunen. Empirische gegevens tonen vervolgens aan dat dit ook in werkelijkheid het geval is. De hoofdconclusie is dat het draagvlak voor solidaire sociale zekerheid staat of valt met het belang dat de brede middenklasse heeft in het stelsel. Residualisering van het stelsel naar Amerikaans model vormt een grotere bedreiging voor de solidariteit met behoeftigen, dan de opkomst van de geïndividualiseerde en calculerende burger.

3.2 Solidariteit: een probleem?

De mate waarin burgers onderling solidair zijn, zou geen grond voor mogelijke draagvlakproblemen zijn als de verzorgingsstaat niet een herverdelende werking

zou hebben. Maar dat heeft ze nu eenmaal wel, het is zelfs haar bestaansreden en kernfunctie. Wil ze deze functie goed kunnen uitoefenen, dan moet de herverdeling van rijk naar arm, van gezond naar ziek, van werkend naar werkloos, van jong naar oud, gelegitimeerd zijn. In de moderne samenleving ligt volgens velen juist hier een probleem vanwege de vergaande mate van individualisering. In deze visie accepteren moderne mensen solidaire herverdeling steeds minder omdat de banden met anderen zijn verbrokkeld, abstracter en vrijblijvender zijn geworden, terwijl men tegelijkertijd zelfzuchtiger is geworden en meer is gericht op eigenbelang en zelfontplooiing, dan op onderlinge verantwoordelijkheid en hulpbereidheid. De moderne burger is vooral op zichzelf betrokken, is calculerend en hedonistisch, wil keuzevrijheid en wil zich vooral niet onderwerpen aan verplichte solidariteit. In vele varianten komt men deze visie tegen, zowel in de politiek als in de wetenschap. De invloedrijke geschriften van cultuursocioloog en CDA-ideoloog Anton Zijderveld¹ zijn er exemplarisch voor. Maar via het Derde Weg-denken en het daaraan verbonden communitarisme is het solidariteitspessimisme ook binnengedrongen in sociaaldemocratische milieus.² Echter, deze visie neemt niet weg dat er in Nederland, zeker in internationaal opzicht, nog steeds sprake is van een grote mate van nationaal georganiseerde formele solidariteit. Bovendien is het zo dat opiniestudies, onder andere die van het Sociaal en Cultureel Planbureau, keer op keer aantonen dat de meeste Nederlanders uitgebreide en solidaire sociale zekerheid prettig vinden, dat ze die niet kwijt zouden willen en dat ze het liefst een uitbreiding ervan zouden zien.³ Er lijkt dus in Nederland een groot draagvlak te bestaan voor herverdelende sociale zekerheid, zoals overigens in alle Europese landen met een vergelijkbaar niveau van uitkeringen en voorzieningen.⁴ Hoe kan dit, hoe is de pessimistische solidariteitsdiagnose te rijmen met de grote steun voor solidaire arrangementen?

Mijn stelling is dat de pessimistische diagnose gebaseerd is op een beperkt begrip van solidariteit, waarin het begrip wordt gelijkgesteld aan de neiging om jegens anderen min of meer spontaan en min of meer belangeloos goed te willen doen, vanuit een basaal gevoel van persoonlijke betrokkenheid en verbondenheid. Empathie jegens de ander is de basis voor deze solidariteit van het warme gevoel. Wanneer men deze visie hanteert en men tegelijkertijd vaststelt dat er in de maatschappij sprake is van structurele en culturele individualisering, dan is de diagnose van een tekortschietende, eroderende en onmachtige solidariteit inderdaad snel gesteld. De structurele individualisering doet het aantal hechte banden tussen mensen afnemen, terwijl de culturele individualisering mensen min-

1 A. Zijderveld, *The waning of the welfare state: The end of comprehensive state support*, New Brunswick: Transaction 1999.

2 A. Deacon, *Perspectives on welfare*, Buckingham: Open University Press 2002.

3 J. de Haan, *De steun voor de verzorgingsstaat in de publieke opinie, 1970-2000*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2005.

4 S. Svallfors en P. Taylor-Gooby (red.), *The end of the welfare state? Responses to state retrenchment*, London: Routledge 1999.

der betrokken maakt op het belang van anderen. Echter, naar mijn idee gaat het hier om een romantische visie, die eenzijdig de nadruk legt op een intens beleefde vorm van wederzijdse betrokkenheid, maar geen recht doet aan de werkelijkheid. Het draagvlak voor solidaire zorg en zekerheid is beter te begrijpen vanuit een breder, sociologisch solidariteitsbegrip.

3.3 Een sociologische visie op solidariteit

Voor de negentiende-eeuwse grondlegger van de sociologie, Emile Durkheim, staat solidariteit voor datgene wat individuen aan elkaar bindt tot een relatief zelfstandige maatschappij, of omgekeerd, voor datgene wat weerstand biedt tegen het uiteenvallen van een maatschappij.⁵ Binding kan bestaan in de morele of culturele zin, dat men als leden van een gemeenschap met elkaar een aantal fundamentele waarden en normen deelt, die gezamenlijke identiteit en sturing verschaffen. Maar binding kan ook bestaan in objectieve of structurele zin, omdat men in een samenleving met een zekere specialisatie en arbeidsdeling wederzijds afhankelijk is van elkaar wat betreft de verwerving en verdeling van levenskansen. Het is bekend dat Durkheim de culturele binding zag als kern van ‘mechanische’ solidariteit, die vooral voormoderne samenlevingen bindt, en de structurele binding beschouwde als de kern van ‘organische’ solidariteit, die een hoofdrol speelt in het bijeenhouden van moderne samenlevingen, zoals de onze. Solidariteit is volgens Durkheim functioneel noodzakelijk voor het bestaan van gemeenschappen. De binding tussen individuen en groepen maakt het immers mogelijk dat collectieve belangen behartigd worden.

Waar Durkheim het solidariteitsvraagstuk benadert vanuit macro-optiek, door het te beschouwen als een kenmerk van een maatschappij, benadert Max Weber, een andere belangrijke grondlegger van de sociologie, de kwestie vanuit micro-optiek, door het te beschouwen als een kenmerk van sociale relaties tussen individuen.⁶ Deze relaties zijn solidair als ze gericht zijn op belangen die de afzonderlijke individuen overstijgen en als zodanig binding tussen hen bewerkstelligen. Weber onderscheidt twee typen. Als eerste is er het type van *Vergemeinschaftung*, waarvan sprake is als het handelen van betrokkenen plaatsvindt op basis van het gevoel bij elkaar te horen. Dit gevoel kan volgens Weber een affectueel-emotionele basis hebben (bijvoorbeeld tussen ouder en kind), een traditionele (bijvoorbeeld tussen twee leden van een geloofsgenootschap) of een culturele basis hebben (bijvoorbeeld tussen twee leden van een standsgroepering). In feite formuleert Weber hier de micro-variant van Durkheims mechanische solidariteit. Het tweede type is de *Vergesellschaftung*, waar het handelen van betrokke-

5 Zie over Durkheim bijvoorbeeld N. Luhman, *The differentiation of society*, New York: Columbia University Press 1982.

6 Zie over de zienswijze van Weber: A. Henderson en T. Parsons, *Max Weber: the theory of social and economic organization*, New York: The Free Press 1964.

nen plaatsvindt op grond van een rationele overeenkomst inzake de wederzijdse aanpassing van elkaars materiële of immateriële belangen. Kern van de associatieve relatie is dat deze een zekere nuttigheid beoogt, die voor beide partijen van belang is. Het kost niet veel moeite om hierin de micro-pendant van Durkheims organische solidariteit te zien, welke voortkomt uit wederzijdse afhankelijkheid met betrekking tot het realiseren van levenskansen.

Uit deze korte schetsen kunnen we als eerste concluderen dat solidariteit door Durkheim en Weber wordt gezien als een kenmerk van sociale relaties, zowel die op macro- als op micro-niveau. Solidariteit is voor hen dus een toestandsvariabele, niet primair een waarde, gevoel of norm voor het handelen. De toestand heeft betrekking op de mate van binding tussen individuen en groepen onderling of met de ruimere maatschappij, die het mogelijk maakt dat collectieve belangen worden behartigd. Dit impliceert dat in een sociaal systeem met een sterkere solidariteit collectieve belangen gemakkelijker en in grotere mate kunnen worden behartigd, c.q. dat individuen meer bijdragen aan het algemeen belang. De hoofdbron van waaruit solidariteit als maatschappelijke binding ontspringt is onderlinge lotsverbondenheid tussen individuen en groepen. Er zijn twee typen: lotsverbondenheid omdat men zich wederzijds met elkaar identificeert, men voelt zich één; en lotsverbondenheid omdat men wederzijds van elkaar afhankelijk is voor het realiseren van levenskansen, men heeft elkaar nodig. Het eerste zou men lotsverbondenheid vanuit gedeelde identiteit kunnen noemen, het tweede type een lotsverbondenheid vanuit gedeelde utiliteit.

Opvallend is dat na de klassieken het solidariteitsbegrip door weinig sociologen nog uitgebreid theoretisch is geanalyseerd. Waar dit het geval is, betreft het hoofdzakelijk variaties op een thema. Zo heeft Mayhew⁷ de gronden verder uitgediept van een solidariteit gebaseerd op een gedeelde identiteit. Hij kwam tot de conclusie dat er aan Durkheims mechanische solidariteit op maatschappelijk niveau een diepere bron ten grondslag ligt, namelijk, die van de affectionele banden die men met naasten heeft. Vanuit dergelijke banden kan men relaties aangaan met andere groepen, waardoor zich een samenleving en een gedeelde identiteit op hoger niveau kunnen vormen. Mayhew duidt er dus op dat het warme gevoel wel een rol speelt in maatschappelijke binding, maar ons betoog tot dusver maakt duidelijk dat het er een onderdeel van vormt, het een kan niet met het ander worden vereenzelvigd.

Hechter⁸ werkt de solidariteit op basis van gedeelde utiliteit verder uit, door sociale binding en het bijdragen van individuen aan collectieve belangen te analyseren vanuit een rationele-keuze-perspectief. Individueen zullen bijdragen als

7 L. Mayhew, *Society: institutions and activity*, Illinois: Glenview Press 1971.

8 M. Hechter, *Principles of group solidarity*, Berkeley: University of California Press 1987.

dat voor hen op kortere of langere termijn het meest voordelig is. Echter, collectiviteiten laten individuen niet geheel vrij in hun bijdragen, omdat ze er belang bij hebben deze bijdragen te maximaliseren. Indien nodig worden hiertoe ook dwang- en sanctiemiddelen ingezet. In hun calculatie om al of niet bij te dragen, nemen individuen de mogelijke kosten van sancties mee, die kunnen staan op het verzaken van plichten. Vanuit een rationele-keuze-perspectief staan solidariteit en dwang niet los van elkaar.

Ook vanuit een functionalistisch perspectief is op deze relatie gewezen. Volgens dit perspectief, zoals verwoord door bijvoorbeeld Parsons⁹ bestaat de maatschappij uit een geheel van onderling verbonden rollen, die worden bezet door mensen. Elke rol kent gedragsvoorschriften, c.q. normen, waarvan een deel steeds vereist dat het individu bijdraagt aan het ruimere systeem waarvan de rol deel uitmaakt. Deze verplichte solidariteit is in normale situaties geen probleem, omdat mensen hun rollen internaliseren. Ze ervaren de rolverplichtingen niet als externe dwang.

Tot zover enkele sociologische visies op solidariteit. Wat heeft dit alles nu te maken met het draagvlak voor sociale zekerheid? Hoe verhoudt het begrip solidariteit zich tot de populaire romantische visie? Wel, het is duidelijk dat sociologen solidariteit primair zien als een kenmerk van een sociaal systeem, niet als een gevoel van mensen. Het gaat specifiek om de mate waarin, binnen een bepaald sociaal systeem, individuen bijdragen aan algemene belangen. Zo bezien, wordt de belangrijkste vraag voor het draagvlak van solidaire arrangementen dus niet zozeer welke gevoelens mensen hebben jegens anderen, maar welke *motieven* ze kunnen hebben om aan dergelijke arrangementen bij te dragen, ze te accepteren en te ondersteunen. Affectie is één van de motieven, maar er is ook welbegrepen eigenbelang en morele verplichting. Om een voorbeeld te geven, men kan bereid zijn premie te betalen voor de AOW, niet enkel omdat men meevoelt met het lot van ouderen (bijv. de eigen ouders), maar ook omdat men zelf later van de AOW gebruik zal willen maken of omdat men het als een morele plicht beschouwt dat een samenleving voor zijn oudere burgers zorgt.

3.4 Motieven voor het bijdragen aan sociale zekerheid

De sociologische theorie leert dus dat burgers verschillende motieven kunnen hebben om bij te dragen aan solidaire sociale zekerheid. De empirische vraag is nu of dat in de werkelijkheid ook zo is en welk van de motieven relatief gezien het belangrijkste is. Tabel 3.1 geeft uitsluitsel. Hierin staan antwoorden van respondenten die deelnamen aan nationaal representatieve surveys, welke zijn afge-

9 T. Parsons, *The social system*, London: Routledge & Kegan Paul 1951.

nomen in Nederland¹⁰ in 1995, in Vlaanderen¹¹ in 2001 en in Tsjechië in 1999¹². Na een korte inleiding, waarin werd aangegeven dat het betalen van premies voor sociale zekerheid nu eenmaal verplicht is, maar dat mensen daarnaast andere motieven kunnen hebben, werd hen gevraagd hoe dat in hun geval was. Men kon aangeven in welke mate men het eens was met de volgende stellingen:

Premie betalen voor sociale zekerheid doe ik ook, omdat:

1. *het mezelf verzekert van een uitkering op het moment dat ik die nodig heb;*
2. *ik het een morele plicht vind ten opzichte van de zwakkeren in de samenleving;*
3. *ik persoonlijk meevoel met het lot van uitkeringsgerechtigden.*

Tabel 3.1 geeft per motief het percentage respondenten dat zei het met de stelling eens of zeer eens te zijn. In alle drie landen spelen al deze drie motieven een rol. In alle drie landen geven veel respondenten meer dan een van de motieven aan. In Nederland, bijvoorbeeld, gaf slechts 12% van de respondenten maar één motief aan.

Omdat premie betalen verplicht is, wordt er in het openbare debat wel gesproken van ‘afgedwongen’ of ‘opgelegde’ solidariteit, die te weinig doorleefd en daarom niet echt geaccepteerd zou zijn, maar de tabel laat zien dat deze premiedruk door de gemiddelde burgers zeker niet alleen als pure verplichting wordt ervaren. Integendeel, ze wordt door een meerderheid geaccepteerd op grond van vooral welbegrepen eigenbelang. De morele overweging, dat premie betalen een plicht is ten opzichte van de zwakkeren in de samenleving wordt minder, maar nog steeds door een duidelijke meerderheid genoemd als rechtvaardigingsgrond voor het betalen van premies. De affectief-emotionele reden, dat men persoonlijk meevoelt met het lot van uitkeringsgerechtigden, is het minst sterke motief, zoals ook wel te verwachten valt gezien het abstracte en complexe karakter van de sociale zekerheid. Niettemin geldt dit motief nog voor 42% van de Nederlanders en voor 45% van de Vlamingen. De antwoordpatronen in Nederland en Vlaanderen lijken sterk op elkaar, en wijken af van dat in Tsjechië, waar het motief van eigenbelang relatief minder belangrijk is ten gunste van het motief van affectie. Men kan dit begrijpen als men beseft dat de sociale zekerheid in Nederland en Vlaanderen uitgebreider en genereuzer is, waardoor meer mensen er aanspraak op kunnen maken en de uitkeringen effectiever zijn in het voorkomen van armoede, dan in Tsjechië.

10 W. van Oorschot, *Dutch public opinion on social security* (CRSP Series), Loughborough: Centre for Research in Social Policy 1998.

11 M. Debusscher en M. Elchardus, *Het draagvlak van de solidariteit. Deelrapport 4: De steun voor de sociale zekerheid*, Brussel: Vrije Universiteit Brussel 2003.

12 L. Rabusic en T. Sirovatka, *The Czech welfare state and its legitimacy*, paper presented at the 4th Annual European Conference of Sociology, Amsterdam, 18-21 August 2003.

Tabel 3.1 Waarom premie betalen? (weergegeven wordt het percentage van de respondenten dat het (helemaal) eens is met de gepresenteerde stelling)

Stelling: Premie betalen is verplicht, maar je doet het ook omdat ...	Nederland 1995	Vlaanderen 2001	Tsjechië 1999
... het jezelf verzekert van een uitkering op het moment dat je die nodig hebt (<i>eigenbelang</i>)	82%	83%	68%
... het een morele plicht is ten opzichte van de zwakkeren in de samenleving (<i>principe</i>)	64%	58%	61%
... ik persoonlijk meevoel met het lot van uitkeringsgerechtigden (<i>affectie</i>)	42%	45%	60%

In hoogontwikkelde verzorgingsstaten als Nederland vormt het welbegrepen eigenbelang de belangrijkste basis voor het draagvlak voor de sociale zekerheid. Laten we deze factor daarom eens nader onder de loep nemen.

3.5 Het welbegrepen eigenbelang als basis voor solidariteit

Veelal wordt het eigenbelang gezien als vijand van de herverdelende verzorgingsstaat. Te veel calculerende en egoïstische burgers zouden hun rechten op uitkering oneigenlijk gebruiken en zelfs rechtstreeks misbruiken. Hoe kan het dan toch zo zijn dat datzelfde eigenbelang tegelijkertijd een sterke motivatiebron is voor solidaire, collectieve regelingen?

Om dit te begrijpen, moet men beseffen dat het eigenbelang geen statisch en strikt individualistisch begrip is. Zo wordt het echter wel vaak gehanteerd, alsof de scheidslijn van het belang dat iemand ervaart bij een socialezekerheidsregeling ligt bij zijn of haar persoonlijke gebruik van de regeling, hier en nu. Echter, de groep van mensen met een belang in de sociale zekerheid beperkt zich niet tot de groep van huidige werklozen, zieken en arbeidsongeschikten. Het welbegrepen eigenbelang heeft namelijk een sociale component en een dynamische. De sociale component betekent dat men een persoonlijk belang kan ervaren bij een uitkering, als men die niet zelf gebruikt, maar als die wordt gebruikt door mensen uit iemands nabije omgeving, zoals door gezins- en familieleden, goede burens, vrienden en kennissen. De dynamische component verwijst naar het feit dat men een persoonlijk belang bij een uitkering kan ervaren, ook als men de uitkering niet op dit moment geniet, maar de uitkering in het verleden heeft gebruikt, of als men zich een zekere kans toedicht om er in de toekomst van afhankelijk te worden. Vanuit een sociaal en dynamisch begrip van het welbegrepen eigenbe-

lang ontstaat een completer beeld van het draagvlak voor solidaire sociale zekerheid, dan op grond van een beperkt begrip.

Dit wordt duidelijk uit tabel 3.2. De eerste rij in deze tabel toont het percentage respondenten in een landelijk survey uit 1995, dat aangeeft op het moment van onderzoek een van de genoemde uitkeringen te gebruiken. In totaal, rekening gehouden met het feit dat sommigen van meer dan een van uitkeringen gebruik maken, gaat het om 12% van de bevolking tussen 15 en 65 jaar. Dit betekent echter niet dat slechts een achtste deel van de bevolking een belang zou hebben bij het stelsel van sociale zekerheid.

Tabel 3.2 Gebruik sociale zekerheid (in procenten gehele onderzoeksgroep)

	uiteenlopende regelingen				
	WW	WAO	ZW	ABW	tenminste een van deze vier
Kenmerk van respondent:					
huidig gebruik regeling door gezinslid	6%	9%	3%	-	16%
huidig gebruik regeling door kennis	38%	46%	29%	36%	71%
huidig gebruik regeling door respondent	3%	5%	2%	3%	12%
gebruik in verleden door respondent zelf	23%	8%	39%	9%	55%
kans op toekomstig gebruik door respondent zelf	40%	45%	59%	34%	59%
gebruik door persoon in het verleden, op dit moment of kans in de toekomst					79%
idem plus gebruik door ander gezinslid of kennis					92%

Bron: Solidariteitsonderzoek, 1995¹³

Er werd in dit onderzoek ook gevraagd naar de sociale component van het eigenbelang, dit wil zeggen, of er gezinsleden, of vrienden en kennissen gebruik maakten van de regelingen, en naar de dynamische component, dit wil zeggen, of men in het verleden zelf de uitkering heeft gebruikt of dat men zich een (zeer) grote kans toedicht om er in de toekomst gebruik van te maken. De tabel toont dat op grond van de sociale component maar liefst 71% van de bevolking een belang heeft bij het stelsel, en op grond van de dynamische component was dat 79%.

13 W. van Oorschot, *Dutch public opinion on social security* (CRSP Series), Loughborough: Centre for Research in Social Policy 1998.

Tezamen genomen gaat het om niet minder dan 92% van de bevolking die een belang heeft bij een van de vier genoemde regelingen. Uiteraard is er sinds 1995 het een en ander veranderd in de Nederlandse sociale zekerheid. De bezuinigingen zullen er naar verwachting toe hebben geleid, dat op dit moment de percentages wat lager liggen. Maar niet in die mate, dat het argument niet meer zou opgaan, dat het welbegrepen eigenbelang een van de peilers vormt van het draagvlak voor de Nederlandse solidaire sociale zekerheid.

Kortom, als we ervan uitgaan dat de meeste burgers geen atomistische en bijziende individuen zijn, luidt de conclusie dat de calculerende burger geen bedreiging voor de solidaire verzorgingsstaat vormt, maar er juist een belangrijke bouwsteen voor is.

3.6 Tot slot

Al eerder werd aangetoond¹⁴ dat het vooral de grote middenklasse is die nettoprofiert van de moderne verzorgingsstaat in ruime zin, onder andere door middel van belastingvoordelen, studiefinanciering, pensioenen, e.d. Zoals we hier hebben gezien, lijkt dit Mattheus-effect¹⁵ zich ook voor te doen in het stelsel van sociale zekerheid. In die zin, dat de groep die een belang percipieert in de Nederlandse sociale zekerheid zich niet beperkt tot de armen, de werklozen en de arbeidsongeschikten. Integendeel, een groot deel van de middenklasse ervaart een dergelijk belang, hetzij direct, hier en nu, hetzij via personen die hen na staan, of via voorbije of verwachte gebeurtenissen. Om het maatschappelijke draagvlak voor solidaire sociale zekerheid te behouden, moet men dus niet de dekking en de generositeit ervan zo veel mogelijk beperken. Het voorbeeld van Amerika¹⁶ leert dat een residualisering van de verplichte solidariteit juist kan lei-

14 P. Baldwin, *The politics of social solidarity: class bases of the European welfare states, 1875-1975*, Cambridge: Cambridge University Press 1990; A. Shaikh, 'Who pays for 'welfare' in the welfare state? A multicountry study', *Social Research* 2003, 70(2), p. 531-550; Sociaal en Cultureel Planbureau, *Profijt van de overheid III*, Rijswijk: Sociaal en Cultureel Planbureau 1994.

15 Noot van de redactie: In navolging van de Amerikaan Robert K. Merton (1910-2003) verwijzen sociologen met regelmaat naar een passage in het Mattheus-evangelie om te illustreren dat het bij verwerving van kennis, macht en inkomen vaak gaat om cumulatieve processen. Mattheus 13, vers 10-12, luidt: 'De leerlingen kwamen naar Jezus toe en vroegen "Waarom spreekt u in gelijkenissen tot deze mensen?" Jezus antwoordde: "Jullie mogen de geheimen van het koninkrijk van de hemel kennen, hun is dat niet gegeven. Want wie (al kennis) heeft zal nog meer krijgen, en het zal overvloedig zijn; maar wie niets heeft zal zelfs het laatste worden ontnomen. Dit is de reden waarom ik in gelijkenissen tot hen spreek: omdat zij ziende blind en horende doof zijn en (er) niets (van) begrijpen". Zie ook: Mattheus, hoofdstuk 25, vers 29: 'want wie heeft zal nog meer krijgen, en wel in overvloed, maar wie niets heeft, hem zal zelfs wat hij heeft nog worden ontnomen.'

16 Skocpol, *Social policy in the United States*, Princeton: Princeton University Press 1995.

den tot een totale ondergraving van het draagvlak, en tot een situatie waarin de sociale bescherming van de ‘onderklasse’ permanent ter discussie staat. Zo’n permanente *war against the poor*¹⁷ kan voorkomen worden door te beseffen dat de solidariteit met de armsten voor een deel een spin-off is van de onderlinge solidariteit binnen de middenklasse, die vooral is gebaseerd op het welbegrepen eigenbelang. De truc van het draagvlak voor solidaire sociale zekerheid bestaat erin om brede bevolkingslagen tot stakeholder te maken en te houden.

17 H. Gans, *The war against the poor*, New York: Basic Books 1995.

HOOFDSTUK 4

Verzorgingsstaat: geven of nemen

Greetje Tromp en Andries Nentjes

‘It was the best of times, it was the worst of times,
it was the age of wisdom, it was the age of foolishness...’
Charles Dickens, *A tale of two cities*

4.1 Een blik op afstand

Redsumens, zo heette het blad dat al snel na het ontstaan van het Friese universitaire experiment¹ in 1977 in Leeuwarden als een soort universiteitskrant werd uitgegeven. Een experiment dat, gedachtig de geest van die tijd, bedoeld was om theorie en praktijk van welzijnsvraagstukken op verschillende niveaus te bestuderen. *Redsumens*: dat is Fries voor *zelfredzaamheid*. Het waren de dagen die nu geboekstaafd staan als de hoogtijdagen van de verzorgingsstaat. Het was de tijd waarin steeds weer verschillende belangengroepen bij de overheid aanspraak maakten op voor hen specifieke welzijnsvoorzieningen of verzorgingsarrangementen. Het was ook de tijd waarin het niet ging over het bestrijden van maatschappelijke wantoestanden maar om preventie van niet bestaande of achter de schrijftafel van klinisch psychologen verzonnen problemen en om het bevorderen van het ongedefinieerde welzijn. Het was de tijd waarin een aparte welzijnstaal werd gesproken, het welzijnsjargon. Het was de tijd van de rechten met een voorbijgaan aan de plichten. Het was de tijd van de groei en professionalisering van de welzijnssector, het was de tijd waarin het aanbod de vraag bepaalde. Het was de tijd van de ongebreidelde en onbeheersbare groei van de collectieve sector. Verzorging van de wieg tot het graf was de slogan van die tijd en de overheid

1 Het Friese experiment bestond uit een samengaan van een HBO-instelling (een sociale academie) en een apart daarvoor opgerichte universitaire dependance van de RUG, die als taak kreeg zich met welzijnsvraagstukken bezig te houden. Het experiment kreeg tien jaar de tijd om zich te bewijzen en in die tijd moest worden voldaan aan een aantal, voor het grootste deel, extra-curriculaire doelstellingen: – methodische en inhoudelijke vernieuwing van het onderwijs; – volledige integratie van de verschillende sociaal-wetenschappelijke disciplines; – verkleining van de afstand tussen theorie en praktijk; – dichtten van de kloof tussen HBO en WO; – bevorderen van de ontwikkeling van Friesland. Zie voor een volledig overzicht: G.H.M. Tromp, ‘De tragiek van een universitair experiment. Heeft een Friese vestiging bestaansrecht?’, *Leeuwarder Courant* 4 maart 1983.

was daar verantwoordelijk voor. De term ‘faustiaanse staat’ werd voor die verzorgingsstaat gemunt² omdat de overheid de krachten die door haar in het leven waren geroepen, niet langer kon beteugelen. *Redsumens* als naam voor een blad dat juist de uitdrukking zou moeten zijn voor dat destijds in zwang zijnde welzijnsdenken?

Ja, want het was ook de tijd waarin *De markt van welzijn en geluk* van Hans Achterhuis³ een niet te negeren bestseller werd op sociale academies en sociale faculteiten. Daarin werd het preventiedenken, de bedrijfsmatige professionalisering van de welzijnssector en het dwingende aanbod van welzijnsvoorzieningen zorgvuldig en elegant gefileerd. Vooral de welzijnsmarketing, waarin de welzijnssector zich spiegelt aan het voorbeeld van grote broer bedrijfsleven, moest het ontgelden:

‘De hulpverlener dient de boer op te gaan met zijn “welzijnsgoederen” (...) Geheel in dezelfde lijn wordt er dan ook gepleit voor doeltreffende reclame die de welzijnsproducten “begeerlijk” kan maken en meer “klanten lokt” (...). Helaas hebben de klanten soms nog weerstanden. Sommige producten, bijv. het algemeen maatschappelijk werk, hebben voor hen “een lage marktwaaarde”. De verkoop zou in dit geval langs een andere weg bevorderd moeten worden, door bijv. een “volksverzekering voor maatschappelijk werk” in te voeren.’⁴

In zijn proefschrift uit 1972 had Bram Peper al eerder harde noten gekraakt door de aandacht te vestigen op de oneindige behoeften, een uitvinding van het opbouwwerk, waarmee hun werkgelegenheid was verzekerd.⁵

Het was ook de tijd waarin voor het eerst een halt werd toegeroepen aan een verdere groei van de verzorgingsstaat. In oktober 1973 op Jom Kipoer, Grote Verzoendag, tijdens het eerste jaar van het nu veel gesmade kabinet-Den Uyl, kondigden de Arabische Opec-landen een olieboycot af tegen o.a. Nederland vanwege zijn pro-Israëliëse houding. Samen met een afnemende economische groei, was dat voor premier Den Uyl aanleiding om zijn bekend geworden rede *Die tijd komt nooit meer terug* te houden, waarin hij waarschuwt voor het einde van de tot dan toe steeds toenemende welvaart. Het bleef niet bij een rede en het kabinet legde in 1976 zijn beleidsintenties vast in de *Nota over het te voeren beleid terzake van de collectieve voorzieningen en werkgelegenheid*. De 1%-operatie van Duisenberg, destijds minister van Financiën in het kabinet Den Uyl, was geboren: de overheidsuitgaven mochten jaarlijks maximaal 1% van het nationale inkomen stijgen.

2 P.B. Boorsma, *Naar de versoberingsstaat. Rooien en snoeien in de verzorgingsstaat* (oratie Enschede), Universiteit Twente 1980.

3 Hans Achterhuis, *De markt van welzijn en geluk*, Baarn 1980.

4 Hans Achterhuis, op.cit., p. 91 e.v.

5 Bram Peper, *Vorming van welzijnsbeleid. Evolutie en evaluatie van het opbouwwerk*, Meppel: Boom 1972.

Hoe voorzichtig ook, de groei van de verzorgingsstaat werd voor het eerst afgeremd en gekoppeld aan de economische mogelijkheden.⁶

Een studierichting sociale zekerheid?

Waar tot dan toe vooral over welzijnsvoorzieningen, verzorgingsarrangementen en de verzorgingsstaat werd gesproken, kreeg vanaf de tegenvallende economische groei de sociale zekerheid, voorheen een onderdeel van de verzorgingsstaat, een zelfstandige positie. Het begin daarvan wordt gemarkeerd door het voorstel voor een *studierichting sociale zekerheid*. Het voorstel werd gedaan door een commissie van deskundigen die zich moest buigen over voortzetting van de universitaire vestiging in Friesland. De argumenten voor het oprichten van een dergelijke studierichting, waarin rechten, economie en sociologie nauw samen zouden moeten werken, doen nog verrassend modern aan:⁷

- De financiering van de sociale zekerheid loopt gevaar omdat de uitgaven niet in de tred lopen met de inkomsten.
- Het stelsel van sociale zekerheid is gebaseerd op voorbije maatschappelijke verhoudingen. Naast het traditionele kostwinnersgezin, ontstaan er steeds meer andere samenlevingsvormen, vrouwen eisen hun plaats op de arbeidsmarkt op en de arbeid in deeltijd neemt toe.
- De uitvoeringsorganisatie van de sociale zekerheid is zo ingewikkeld geworden dat beheersing onmogelijk is.
- Internationale verplichtingen oefenen invloed uit op de huidige structuur van het stelsel.

In de argumentatie voor de opzet van een dergelijke studie, kiest de commissie voor een degelijke multidisciplinaire invalshoek:

‘Daarbij gaat het niet alleen om het zoeken naar oplossingen voor vraagstukken rond financiering, besturing en planning, uitvoering, inpassing in het sociaal-economische beleid en vereenvoudiging en integratie van wettelijke regelingen. Eveneens zijn in het geding de toekomstige ontwikkeling van de verzorgingsmaatschappij en van de normen en waarden daarbinnen, de invloed op de belevingswereld van betrokkenen, de vraag naar een rechtvaardige verdeling van lus-

6 Zie J.M. Roebroek en M. Hertogh, ‘De beschavende invloed des tijds’. Twee eeuwen sociale politiek, verzorgingsstaat en sociale zekerheid in Nederland’, Den Haag 1998, en P.J. Vos, De sociaal-democratie en de verzorgingsstaat, in: Jan Bank, Martin Ros, Paul Kalma, Bart Tromp (red.), *Het vierde jaarboek voor het democratisch socialisme*, Amsterdam 1983.

7 Niet verwonderlijk omdat naast een van de auteurs van dit artikel, ook *Frits Noordam* deel uitmaakte van deze commissie.

ten en lasten en de consequenties voor het stelsel van de toenemende participatie van de vrouw in het arbeidsbestel.’⁸

Hoe interessant en maatschappelijk relevant het voorstel ook mocht zijn, het is niet gerealiseerd. De nieuwe opleiding en een universitaire vestiging in Friesland gingen niet door. De Commissarissen van de Koningin in Friesland en Groningen, Wiegel en Vonhoff, sloten het zogenaamde *Herenakkoord*, en spraken daarbij af dat Leeuwarden de stad van het noordelijke HBO-onderwijs moest worden en dat het noordelijke wetenschappelijke onderwijs exclusief in Groningen zou blijven.⁹ In de loop van de daaropvolgende jaren bleek dat alleen het vraagstuk van de financiering en de uitvoering van de sociale zekerheid wetenschappelijke aandacht kreeg. Maar voor de wetenschappelijke bestudering van de sociale zekerheid in al zijn economische, juridische en sociologische aspecten en van de sociale zekerheid in samenhang met het fenomeen van de gehele verzorgingsstaat is in Nederland geen institutioneel kader aanwezig. Vraagstukken zoals de ruilrelatie tussen burger en staat, de rechten en plichten van de burger, solidariteit, altruïsme en egoïsme, het universele of selectieve karakter van de sociale zekerheid en de verzorgingsarrangementen, ontberen daardoor systematische aandacht. De doeltreffendheid van de ingezette middelen met de nadruk op efficiëntie staat voorop, het waarderend debat wordt nauwelijks gevoerd.

Door te kiezen voor de naam *Redsumens* voor het blad van de later ter ziele gegane welzijnsfaculteit in Leeuwarden, werd positie gekozen in het debat over het soort verzorgingsarrangementen in de Nederlandse verzorgingsstaat: het oplossen van sociale problemen versus het ongelimiteerd bevorderen van welzijn. De kern van dat debat is nooit mooier onder woorden gebracht dan door Karl Popper wanneer hij het rationele denken afzet tegen het utopisch denken:

‘(...) the attempt to make heaven on earth invariable produces hell. (...) The political demand for piecemeal (as opposed to Utopian) methods corresponds to the decision that the fight against suffering must be considered a duty, while the right to care for the happiness of others must be considered a privilege confined to the close circle of their friends. (...) This right of ours exists only if, and because, they can get rid of us; because friendships can be ended.’¹⁰

Een blik op afstand kan vertekenen. Het is de indruk of misschien de wens van beide auteurs, die alle twee betrokken waren bij het Friese experiment, dat met

8 Rapport van de Commissie van Deskundigen belast met de advisering inzake nieuwe studierichtingen in de Algemene Faculteit i.o. te Leeuwarden, Rijksuniversiteit Groningen, mei 1982.

9 In het algemeen vond de Friese politiek dat er in de voorstellen voor een Friese universitaire vestiging te weinig aandacht is geschonken aan een wetenschappelijke bestudering van het ‘*Frysk eigene*’. Zie noot 1.

10 K.R. Popper, *The open society and its enemies*, Volume 2, Londen: Hegel & Marx 1966, p. 237.

de keuze voor de naam *Redsumens*, waarin de nadruk werd gelegd op de eigen autonomie en de eigen verantwoordelijkheid van de burger, een opening werd geboden om in het kader van de verzorgingsstaat de relatie tussen burger en staat en tussen burgers onderling nader te bekijken. Die opening is niet benut en de vragen zijn blijven bestaan. Want in de verzorgingsstaat, c.q. de sociale zekerheid, gaat het in laatste instantie altijd om ruilrelaties, om een vorm van directe of indirecte ruil, op korte of lange termijn, met een rijk scala aan kosten en baten, individueel en collectief.

De verzorgingsarrangementen zoals we ze nu kennen, zijn vaak ad hoc en geïsoleerd van elkaar ontstaan. Op grond van welk mensbeeld zijn in die arrangementen de ruilrelaties vormgegeven? En sporen die mensbeelden met wat we weten over de oudste en meest permanente vormen van menselijke hulp en tegenhulp? Deze vragen proberen we in dit essay – zo niet te beantwoorden, dan in ieder geval – beargumenteerd aan de orde te stellen. Daarvoor zal eerst in kaart worden gebracht of en in hoeverre de kritiek op de verzorgingsstaat in de jaren zeventig van dezelfde orde is als de kritiek aan het begin van de 21^e eeuw.

4.2 Kritiek op de verzorgingsstaat, van toen en nu

De verzorgingsstaat is geen typisch Nederlandse uitvinding. In het algemeen wordt ervan uitgegaan dat de wieg van de verzorgingsstaat in het Verenigd Koninkrijk stond en dat de rapporten van de liberaal William H. Beveridge de geboorteweeën waren. Maar de eerste stap daartoe werd gezet door Churchill en Roosevelt in hun *Atlantic Charter* van 1941, waarin de burgers verbeterde arbeidsomstandigheden, economische vooruitgang en sociale zekerheid werden beloofd onder de vlag van *freedom of want*.¹¹ In het eerste rapport dat die ideeën handen en voeten moest geven en dat onder voorzitterschap van Beveridge werd geschreven in opdracht van de Britse regering, werden de plannen ontvouwd voor een stelsel van sociale zekerheid en sociale voorzieningen. In het tweede rapport werd een plan voor volledige werkgelegenheid uitgewerkt.¹² Voor Beveridge en de zijnen was de verzorgingsstaat niet alleen een stelsel van sociale zekerheid. Er werden vijf doelstellingen onderscheiden:

- zekerheid voor degenen die geen werk hebben of niet kunnen werken;
- toegankelijke medische zorg;
- voldoende huisvesting;

¹¹ Hans Achterhuis, *De markt van welzijn en geluk*, Baarn 1980.

¹² W.H. Beveridge, *Report on social insurance and allied services*, Londen 1942, en W.H. Beveridge, *Full employment in a free society*, Londen 1944.

- voldoende onderwijs;
- volledige werkgelegenheid.¹³

Sociale zekerheid en volledige werkgelegenheid worden in de rapporten Beveridge gezien als twee kanten van dezelfde medaille: alleen volledige werkgelegenheid kan de kosten van de sociale voorzieningen dekken. De dubbelslag is gemaakt: de overheid helpt burgers in nood op voorwaarde dat die burgers zoveel mogelijk hun eigen geld verdienen en bijdragen aan de verzorgingsarrangementen van de overheid. De fundamenteën van de verzorgingsstaat waren vanaf het eerste begin gebaseerd op *een dubbele solidariteit*,¹⁴ op een relatie van wederkerigheid.

Voor Nederland heeft Romke van der Veen aan de hand van eerdere analyses de doelstellingen van de verzorgingsstaat als volgt getypeerd:

- bescherming van de burgers tegen de risico's van de arbeid, zoals arbeidsongevallen en arbeidsongeschiktheid;
- garantie van een minimuminkomen ook bij ziekte, werkloosheid en ouderdom;
- toegang tot voorzieningen die iedereen nodig heeft, zoals huisvesting, onderwijs en gezondheidszorg;
- bevorderen van het individuele welzijn, 'zoals het nastreven van eigen aspiraties en het participeren in politiek, cultuur, en dergelijke'.¹⁵

In tegenstelling tot de Engelse doelstellingen die waren gebaseerd op de Beveridge-rapporten, zijn deze Nederlandse doelstellingen niet op een welomschreven programma gebaseerd. Het ontstaan en de groei van de Nederlandse verzorgingsstaat is zonder enige twijfel beïnvloed door de Beveridge-rapporten maar ook door het plansocialisme¹⁶ en het christelijke solidariteitsdenken. De Nederlandse verzorgingsstaat is langzamerhand en bij stukjes en beetjes ontstaan, als lappendeken en als compromis in een langlopend politiek spel tussen liberale, confessionele en sociaal-democratische politici. Maar de dubbele solidariteit ligt, in ieder geval in theorie, ook ten grondslag aan de opbouw van de Nederlandse verzorgingsstaat. De staatscommissie-Van Rhijn, die in 1943, kort na het verschij-

13 C.J.M. Schuyt en A. Peper, Op zoek naar het hart van de verzorgingsstaat, in: Leo Castelijns e.a. (red.), *Tekens in de tijd. 65 jaar Joop den Uyl*, Amsterdam 1984.

14 De term is gemunt door P.J. Vos, 'De sociaal-democratie en de verzorgingsstaat', in: Jan Bank, Martin Ros, Paul Kalma, Bart Tromp (red.), *Het vierde jaarboek voor het democratisch socialisme*, Amsterdam 1983.

15 Zie Romke van der Veen, 'De ontwikkeling van de Nederlandse verzorgingsstaat', in: Kees Schuyt en Romke van der Veen (red.), *De verdeelde samenleving*, Leiden/Antwerpen 1990.

16 Zie *Het plan van de arbeid* uit 1935 van SDAP en NVV. Daarin wordt een planmatig geleide economie voorgestaan.

nen van het eerste Beveridge-rapport, door het oorlogskabinet-Gerbrandy werd ingesteld om een ontwerp te maken voor een stelsel van sociale verzekeringen en sociale voorzieningen in Nederland, schrijft in haar eerste rapportage:

‘In die beter georganiseerde maatschappij voorziet een plan voor sociale zekerheid alleen in geval van nood. Van ieder mag worden verwacht, dat hij zijn beste krachten geeft voor de economische gemeenschap aan wier opbouw hij heeft mede te werken. Maar wie dat dan ook doet, heeft recht op bescherming, die de sociale zekerheid hem biedt.’¹⁷

Grosso modo zijn er vijf ontwikkelingsstadia aan te wijzen:¹⁸

1945-1957	de periode van wederopbouw: de basis wordt gelegd voor een stelsel van sociale zekerheid;
1958-1968	de periode van economische welvaart: materiële vooruitgang en uitbouw van het stelsel van sociale zekerheid;
1968-1976	groei van de immateriële uitgaven: van verdeling van de welvaart naar individuele welzijnsbevordering met als resultaat een toename van het beroep op de sociale voorzieningen;
1976-1987	economische stagnatie en een dreigende onbeheersbaarheid van de sociale voorzieningen tot aan de eerste herziening van het stelsel van sociale zekerheid;
vanaf 1987	voortdurende ingrepen gericht op versobering van sociale voorzieningen en daarnaast wijzigingen van het stelsel mede onder invloed van de parlementaire enquête naar de uitvoeringsorganen van de sociale verzekeringen (1992). Deze aanpassingen richten zich tegen de passieve aanpak van uitvoeringsorganen en behelzen een meer activerende benadering van werkzoekenden. ¹⁹

17 Geciteerd in: J.M. Roebroek en M. Hertogh, op.cit, p 230.

18 Samengesteld op basis van Schuyt en Peper (zie noot 13), Van der Veen (zie noot 15), Roebroek en Hertogh (zie noot 5), en P. Thoenes e.a., *De crisis als uitdaging. Opstellen over heden en toekomst van de verzorgingsstaat*, Utrecht 1984.

19 Tot de politiek meest spraakmakende versoberingen behoorden de tijdelijke ont koppeling van sociale uitkeringen van de ontwikkeling van de lonen eind jaren tachtig, de verlaging van het uitkeringspercentages van WAO van 80 naar 70 procent van het laatstverdiende loon en meer recent het aanscherpen van de toelatingscriteria tot arbeidsongeschiktheidsregelingen. Vers in het geheugen ligt de invoering van een volksverzekering tegen kosten van medische zorg. Voor de individuele burger mocht dat dan neerkomen op verschralling, voor het collectief zien we grosso modo een stabilisering van het aandeel van de sociale zekerheids- en zorguitgaven in het nationale inkomen na de gedurige stijging tot begin jaren tachtig (zie ook de bijdrage van Goudszwaard en De Jong).

Om de toenmalige kritiek in kaart te brengen, is in het kader van dit artikel een *quick scan* gemaakt van literatuur²⁰ waarin kritiek werd geleverd op het reilen en zeilen van de verzorgingsstaat vóór de eerste herziening van het stelsel van sociale zekerheid door het kabinet-Lubbers I. In hoofdlijnen kan de kritiek, die sociaal-culturele en economische dimensies kent, als volgt worden samengevat:

Er is een gebrek aan vrijheid

De verzorgingsstaat heeft de markteconomie ondergraven. Door de dominantie van de collectieve sector worden mensen betutteld en afhankelijk gemaakt. Want de overheid bepaalt door subsidiëring van steeds meer bemoeigoederen (*merit-goods*) wat goed is voor het welzijn van haar burgers. De overheid heeft daarop het monopolie en burgers noch vrije markt hebben daar iets over te zeggen. De vraag naar dergelijke goederen wordt kunstmatig geschapen en roept steeds nieuwe behoeften op. Op den duur wordt daardoor de legitimiteit van de overheid in twijfel getrokken.

De verzorgingsstaat is onbestuurbaar, onbeheersbaar en onbetaalbaar geworden

Het scheppen van steeds nieuwe behoeften, leidt tot overvraging van beleid. Dat heeft geleid tot een gigantische bureaucratie met alle (negatieve) gevolgen die we kennen vanuit de sociaalwetenschappelijke literatuur. Het stelsel van sociale zekerheid, het belastingregime en het subsidiebeleid zijn, de ene regeling na de andere, op elkaar gestapeld zonder bouwplan. Het resultaat is dat de verzorgingsstaat als geheel ondoorzichtig is, een grote regeldichtheid kent en voor bestuurders en bestuurden onwerkbaar geworden is. Door de chaotische groei van de welzijns- en zorgvoorzieningen zijn de kosten onbeheersbaar geworden. Ook deze onbestuurbaarheid en onbeheersbaarheid leidt tot een vermindering van legitimiteit en daarmee tot een verstoorde relatie tussen burger en overheid.

Het solidariteitsbesef is verdwenen

De economische recessie laat zien dat de relatie tussen sociaaleconomische bescherming en de plicht tot sociaaleconomische bijdragen aan de samenleving niet aan zijn doel beantwoordt of niet goed is geregeld. Bestrijding van sociale ongelijkheid is in de verzorgingsstaat een wassen neus gebleken. Volledige werkgelegenheid lijkt een gepasseerd station en dus moet er worden nagedacht over een andere verdeling van de arbeid, wil de relatie van geven en nemen in stand

20 J.A.A. van Doorn, Overvraging van beleid, in *Beleid en Maatschappij*, 1980/2; J.A.A. van Doorn en C.J.M. Schuyt (red.), *De stagnerende verzorgingsstaat*, Amsterdam 1978; Sociaal en Cultureel Planbureau, *Profiel van de overheid*, Den Haag 1981; P.J. Vos, op.cit, zie noot 5; Sociaal en Cultureel Planbureau, *Sociaal en Cultureel Rapport 1982*, Den Haag 1982; Schuyt en Peper, op.cit, zie noot 13; Ph.A. Idenburg (red.), *De nadagen van de verzorgingsstaat*, Amsterdam 1983; M.M. Kaag (red.), *Privatisering en deregulering: van verzorgingsstaat naar waarborgstaat*, Raad voor Binnenlands Bestuur, Den Haag 1983; J.W. de Beus en J.A.A. van Doorn, *De interventiestaat*, Meppel 1984; W.Albeda e.a.(red), *De verzorgingsstaat. Slopen of renoveren*, Assen/Maastricht 1986.

kunnen blijven. Want solidariteit moet worden georganiseerd. Door alle zorgvoorzieningen, door de overheidsbetutteling, door de materiële welvaart is het *arbeidsethos* van de ‘protestantse ethiek’ (hard werken, sparen, sober leven) en de daarop gebaseerde collectieve solidariteit verdwenen en vervangen door een *consumentenethos* dat zich uitstrekt van materiële goederen tot menselijke relaties. De mens in de verzorgingsstaat durft geen risico’s te nemen, kent geen ondernemingszin, is lui en apathisch geworden, maar is wel berekenend en gericht op eigen voordeel.

De politieke democratie staat onder druk

Door de ongebreidelde groei van de zorgvoorzieningen, is de macht van welzijnsprofessionals en belangengroepen sterk toegenomen. Tussen burger en overheid staan de koepels van zorg- en welzijnsorganisaties in een innige omhelzing met de overheid. In een schemerterrein vinden de afspraken en beslissingen plaats die later in het daglicht alleen nog formeel worden bekrachtigd.

Nieuwe ontwikkelingen vragen een andere sociale zekerheid

De immigratie, het bestaan van andere economische eenheden dan het gezin, de vergrijzing en de groei van het zwarte circuit of de illegale economie en de toenemende internationale samenwerking nopen tot een andere opzet van het stelsel van sociale zekerheid. Wil er sprake kunnen zijn van volledige werkgelegenheid dan zal de arbeid anders moeten worden verdeeld en zal er naar flexibilisering van de arbeid moeten worden gestreefd.

De bovenstaande, kritische kenschets van de verzorgingsstaat kent een nauwe verwantschap met het eerder beschreven voorstel voor een studierichting sociale zekerheid. Die verwantschap blijkt uit de aandacht die enerzijds wordt geschonken aan de meer instrumentele problemen van economische en bestuurskundige aard en anderzijds aan de meer substantiële problemen van draagvlak of solidariteit, legitimiteit en mensbeeld. Noordam bracht voor het begin van de 21^e eeuw in kaart wat heden ten dage als problemen worden genoemd.²¹ Het is opvallend dat bijna alle door hem genoemde problemen²² ook al werden geïdentificeerd in de discussie over de crisis in de verzorgingsstaat van bijna dertig jaar geleden. Toch zijn er in het debat over de verzorgingsstaat ook verschuivingen opgetreden. Zo woedde er eind jaren zeventig onder economen een strijd tussen ‘rechts’ en ‘links’ over de vraag of het zich aftekenende verlies aan werkgelegenheid toe te schrijven was aan oplopende arbeidskosten door de sterk stijgende sociale lasten dan wel voortkwam uit stagnatie van de vraag. Kortom, moest de sociale

21 F.M. Noordam, ‘Sociale zekerheid: een uiterst veranderlijk verschijnsel (I)’, en ‘(II)’, *SMA* juni 2005, nr 6, en *SMA* juli/augustus 2005, nr. 7/8.

22 Zoals: het stelsel sluit niet aan bij veranderde maatschappelijke verhoudingen en nieuwe ontwikkelingen en de globalisering, er zijn te weinig werkenden, het stelsel wordt door de vergrijzing onbetaalbaar, nadruk op zelfredzaamheid.

zekerheid versoberd worden of was expansie van de overheidsbestedingen geboden? Die strijd is gestreden. In het *akkoord van Wassenaar*, begin jaren tachtig, hebben de vakbonden zich in feite achter de opvatting geschaard dat matiging van arbeidskosten cruciaal is voor behoud en groei van werkgelegenheid. De groeiende aandacht voor het verschijnsel globalisering heeft sindsdien die visie versterkt. Ook politiek ‘in’ was in de jaren tachtig de gedachte dat verdeling van het bestaande werk over de aanwezige beroepsbevolking, via arbeidstijdverkorting en vervroegd uittreden, een goede aanpak is om werkloosheid te bestrijden. Maar dat is inmiddels ook uit de mode geraakt. Nu luidt de politieke boodschap dat economische groei arbeidsplaatsen moet creëren en dat er op termijn langer zal moeten worden gewerkt. Ten slotte staat de inflexibiliteit van regelgeving als nieuw punt op de agenda en dan met name de verstarring door arbeidswetgeving die zittende werknemers met vaste contracten beschermt,²³ ten koste van de nieuwkomers op de arbeidsmarkt. Opvallend is de grote consensus over de drie bovengenoemde thema’s; niet alleen onder economen, maar ook onder het politieke establishment. Intussen blijft wel de vraag bestaan hoeveel politieke ruimte er werkelijk is voor achterblijvende lonen, langer en harder werken en minder beschutting op de werkplek. Het brede publieke bewustzijn dat zulke offers nodig zijn om de kernvoorzieningen van de verzorgingsstaat overeind te houden, lijkt voorhands nog te ontbreken.

Maar al met al valt op dat de nu in de belangstelling staande problemen alle onder de meer instrumentele problemen kunnen worden geschaard. De vraag naar de *wederkerigheid*, het probleem van de dubbele solidariteit dat dé basis vormde van de verzorgingsstaat, lijkt uit het debat en het blikveld verdwenen te zijn. Heeft de verzorgingsstaat de wederkerigheid zo goed georganiseerd, op zo’n hoog abstractieniveau gebracht, dat door die administratieve solidariteit het besef van wederkerigheid is verdwenen uit het individuele bewustzijn of is er iets anders aan de hand? Vanuit een antropologisch-sociologische én economische invalshoek wordt in de volgende twee paragrafen naar het *wezen van de wederkerigheid* gezocht.

4.3 Geschenk en ruil, sociaalwetenschappelijk bezien

‘No man is an island, entire of itself;
every man is a piece of the continent, a part of the main...’
John Donne, *Devotions upon emergent occasions*

De eerste systematische sociaalwetenschappelijke verhandeling over de rol die het uitwisselen van geschenken speelt in het maatschappelijk leven, hebben we te danken aan de culturele antropologie. Marcel Mauss, neef, medewerker en

23 Zie ook de bijdrage van E. Verhulp aan dit boek.

opvolger van Emile Durkheim schreef in 1923 op basis van een veelvoud aan antropologische gegevens uit primitieve maatschappijen, zijn *Essay sur le Don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*.²⁴ Hij toont zich een waardig leerling van de grote franse socioloog Durkheim door gebruik te maken van diens adagium 'Sociale feiten kunnen alleen door sociale feiten worden verklaard'. Mauss constateert dat aan het verschijnsel ruil veel aspecten zitten: economische, juridische, morele, religieuze, sociale, psychologische, noem maar op. Alleen door het uitwisselen van geschenken als een sociaal verschijnsel in zijn geheel te onderzoeken, kan het verschijnsel worden begrepen. Zo pakt Mauss zijn speurtocht naar het wezen van het geschenk dan ook aan. Zijn conclusie is dat het zonder meer geven en ontvangen van geschenken door individuen of groepen in geen enkele samenleving voorkomt. Altijd is er sprake van een drievoudige verplichting:

- de verplichting om te geven,
- de verplichting om te ontvangen en
- de verplichting om een tegengeschenk te geven.

De verplichting om te geven ligt in de eerste plaats bij de mensen met de hoogste positie. Met fascinerende voorbeelden maakt Mauss duidelijk dat wanneer bijvoorbeeld een leider van een stam niet aan die verplichting voldoet, hij status en gezag verliest. Op dezelfde manier toont Mauss aan dat het weigeren van een geschenk een klap in het gezicht van de gever is. Ook hier is verlies aan status, eer en gezag in het geding. Evenzo is dat het geval wanneer een geschenk niet wordt terugbetaald met een ander geschenk. Daarbij gaat het vooral om een gelijkwaardig cadeau waarbij liefst rente is inbegrepen. Wanneer die verplichting niet wordt nagekomen, zijn vergroting van machtsverschillen, verlies aan status en soms zelfs sociale uitsluiting het gevolg. Het geven van geschenken is niet vrijblijvend, noch voor de gever, noch voor de ontvanger. Er is sprake van verplichte ruil die de sociale relaties tussen mensen definieert en de samenhang in de maatschappij versterkt. In zijn conclusies pleit Mauss, met het oog op de zich in het interbellum ook in Frankrijk ontwikkelende verzorgingsstaat, voor een hernieuwde aandacht voor *het geven*. Juist omdat het geven gebonden is aan verplichtingen wordt de sociale *cohesie*, de solidariteit, in de maatschappij versterkt.

Een andere invloedrijke cultureel-antropoloog uit de vorige eeuw, Claude Lévi-Strauss, is meer nog dan Mauss, op zoek geweest naar de grondregels waaraan elke samenleving is onderworpen en waarvan de leden van de samenleving zich

24 Hier is gebruik gemaakt van de Engelse vertaling: Marcel Mauss, *The gift: Forms and functions of exchange in archaic societies*, Londen 1970 (1925).

niet bewust hoeven te zijn.²⁵ Voortbordurend op het werk van Mauss, maakt Lévi-Strauss de *ruil* tot een van die grondregels die universeel geldend zijn voor het menselijk handelen. In zijn theorie over verwantschapsstructuren²⁶ is hij op zoek gegaan naar het waarom van het zo goed als universeel voorkomen van het incestverbod in alle samenlevingsvormen. Hij vindt de verklaring in het feit dat het incestverbod afzonderlijke gezinnen dwingt buiten de grenzen van de eigen vuurplaats te kijken om te kunnen voortbestaan:

‘(...) in heel de mensheid geldt als absoluut noodzakelijke voorwaarde voor de vorming van een gezin dat reeds twee andere gezinnen bestaan, één dat bereid is een man te leveren, een ander een vrouw; door hun huwelijk doen deze een derde gezin ontstaan en zo voort tot in het oneindige. Met andere woorden, wat de mens werkelijk van het dier onderscheidt, is dat er bij de mensheid geen gezin zonder maatschappij zou kunnen bestaan (...).’²⁷

In zijn gedetailleerde beschrijving van huwelijks- en verwantschapsregels ontwerpt Lévi-Strauss een ruiltheorie die is gebaseerd op de uitwisseling van vrouwen.²⁸ Hij maakt daarbij onderscheid tussen directe ruil (een man wisselt zijn zuster uit aan een andere groep en krijgt van die andere groep een vrouw retour) en algemene ruil (een man geeft zijn zuster aan een andere groep en vertrouwt erop dat die andere groep bij weer een andere groep een vrouw voor hem bestelt). Voor directe ruil is geen bijzonder vertrouwen in de samenlevingsvorm nodig want het gaat om boter bij de vis. Bij algemene ruil moet er *vertrouwen* zijn, vertrouwen in de regels van de samenleving en daarmee vertrouwen in de toekomst en vertrouwen in de mensen. In tegenstelling tot Mauss bekommert Lévi-Strauss zich niet direct om de consequenties van zijn ruiltheorie voor de moderne maatschappij. Wel maakt hij duidelijk, door zijn ideeën over verwantschapsstructuren en zijn onderscheid in directe en algemene ruil, dat de ruil tussen mensen geen individueel gegeven is maar dat hier sprake is van een sociaal proces dat het geraamte vormt van een samenleving.

25 Lévi-Strauss baseert zich o.a. op de methode van de structurele linguïstiek van de taalkundige De Saussure. Een van de kenmerken daarvan is dat taal een structuur kent, de ‘signifiant’, waarvan de spreker van de taal zich niet bewust hoeft te zijn om de taal correct te spreken. Claude Lévi-Strauss, *Introduction to the work of Marcel Mauss*, Londen 1950.

26 Claude Lévi-Strauss, *Les structures élémentaires de la parenté*, Parijs 1947.

27 Claude Lévi-Strauss, *Het gezin*, Nijmegen 1983.

28 Uitdrukkelijk troost Lévi-Strauss zijn lezeressen met het feit dat vrouwen worden gelijkgesteld met koopwaar. Mannen worden op dezelfde manier behandeld in de enkele door vrouwen gedomineerde samenlevingen. Zie noot 26, p. 56.

Sociologen en antropologen zijn het erover eens dat ruil, direct én algemeen, op korte én lange termijn, een universeel kenmerk is van menselijk gedrag,²⁹ ook in de moderne maatschappij. Dat zette de socioloog Alvin Gouldner aan tot het formuleren van de norm van *reciprociteit*:³⁰

- Men helpt degenen door wie men is geholpen.
- Men benadeelt degenen door wie men is geholpen niet.

Het verschil tussen deze reciprociteit en de beperkte rationaliteit van de ‘homo economicus’ die in zijn huishoudboekje kosten en baten tegen elkaar afstreept met het oog op individueel gewin, is groot. Maar er zijn ook overeenkomsten. De norm van reciprociteit wordt niet gevoed door ideëel altruïsme maar ook door eigenbelang, zoals we hebben gezien bij Mauss en Lévi-Strauss. Het grote verschil is dat het eigenbelang in deze opvatting niet individueel van karakter is maar dat het *een maatschappelijke lading* heeft, die zorgt voor *binding* tussen mensen. Op het niet nakomen van de norm staan sancties van allerlei soort in alle samenlevingen want de relaties tussen gever en ontvanger zijn niet vrijblijvend en niet onverplichtend. Relationele begrippen als status, gezag en vertrouwen zijn daarbij cruciaal.

Wat kan deze beschouwing over de ruil en de norm van reciprociteit ons nu leren over de moderne relatie tussen burger en staat in een verzorgingsstaat die door zijn grootschaligheid, uniformiteit en anonieme en technocratische aanpak mensen van zich heeft vervreemd? Hoe kan het bewustzijn dat de verzorgingsstaat van ons allemaal is en dat de verzorgingsstaat er niet is om te plunderen of af te breken, weer nieuw leven worden ingeblazen? Essentieel hierbij is de vraag hoe de wederkerige relatie tussen individu of groep en collectief kan worden hersteld. Een belangrijk middel is om de grootschaligheid, de uniformiteit en de anonieme en technocratische werkwijze van de verzorgingsstaat aan te pakken. Wanneer anonieme bureaucraten op het terrein van zorg- en zekerheidsvoorzieningen worden vervangen door ambtenaren met een zekere beleidsvrijheid, die de mensen die advies en ondersteuning vragen, persoonlijk kunnen en mogen helpen en controleren, wordt de anonimiteit en de uniformiteit van het overheidsapparaat doorbroken. Het collectief heeft een *gezicht* gekregen en *de wederkerigheid een vorm*. Het gevaar van willekeur ligt dan natuurlijk op de loer. Maar door betere opleiding, die niet alleen op kennis, maar op kennis, houding en vaardigheden

29 De meer sociologisch georiënteerde ruiltheorieën worden hier niet behandeld omdat zij vooral gericht zijn op directe ruil tussen individuen en daarmee moeilijk toepasbaar zijn in dit artikel over collectieve solidariteit. Zie P. Blau, *Exchange and power in social life*, New York 1964; en G. Homans, *The nature of social science*, New York 1967; J. Berting, *Reciprociteit en gelijkheid. Sociologen over sociale rechtvaardigheid* (oratie Groningen), 1970.

30 Alvin W. Gouldner, The norm of reciprocity, in: *American Sociological Review* XXV (april 1960).

is gericht, en door veiligheidskleppen in de overheidsorganisaties in te bouwen als bijvoorbeeld structurele supervisie en rechtsbescherming, kan het dilemma tussen willekeur of vervreemding voor een groot deel worden bezworen.

Daarbij is nodig dat met inachtneming van de beginselen van behoorlijk bestuur, zoals rechtszekerheid en rechtsgelijkheid, de absolute uniformiteit van de regelgeving ter discussie wordt gesteld. We willen niet terug naar de door Max Weber zo mooi beschreven Kadi-rechtspraak, maar voortzetting van de huidige tendens waarbij beslissingen steeds meer op procedurele gronden worden genomen, is een doodlopende en tot vervreemding leidende weg wanneer we verder kijken dan het directe gewin. Sociale verschijnselen moeten in hun geheel worden bekeken, leerden Durkheim en de zijnen. Dat geldt ook voor de problemen in de verzorgingsstaat.

Noch Mauss, noch Lévi-Strauss gebruiken begrippen als egoïsme of altruïsme in hun analyse van gift en ruil. Theorieën over altruïsme komen nauwelijks voor in de sociale wetenschappen met uitzondering van de economie, zoals we hieronder zullen zien. Maar in een andere tak van wetenschap begint de theorie van het wederkerige altruïsme een rol te spelen. In zijn boek over het moreel bewustzijn bij primaten, rept de bioloog Frans de Waal van Triver's theorie van het *reciprocal altruism* uit 1970, waarvan steeds meer gebruik wordt gemaakt bij ethologisch onderzoek.³¹ Dat is geen wonder, meent De Waal. Wederkerig altruïsme is een complex mechanisme dat is gebaseerd op de herinnering van gegeven en verleende gunsten. In de mensenmaatschappij wordt in het collectieve welzijn voorzien door een systeem van geven en nemen:

“The usual argument is that we are better off helping each other (...) This anticipation of gain is central to the moral contract (...) This is why no one can withdraw from the contract without dire consequences, such as ostracism, imprisonment, or execution (...) What would be the point of contributing to a community in which others idly stand by?”³²

Is welbegrepen eigenbelang misschien een betere term voor wederkerig altruïsme? Heel voorzichtig begint zich af te tekenen dat in sommige diergezelschappen het wederkerige altruïsme een rol speelt. Wij mensen kunnen niet achterblijven!

4.4 Ruil, economisch bezien

Als ik naar de bakker ga, krijg ik mijn brood. Niet uit diep gevoeld medeleven maar omdat ik de bakker aanspreek op zijn eigenbelang: betaling in ruil voor het

31 Frans de Waal, *Good natured. The origins of right and wrong in humans and other animals*, Cambridge Massachusetts 1996.

32 Alvin W. Gouldner, ‘The norm of reciprocity’, in: *American Sociological Review* XXV (april 1960), p. 136.

geleverde brood. Adam Smith illustreerde met dit huiselijke voorbeeld zijn stelling dat het najagen van eigenbelang de wereld economisch draaiende houdt. De onzichtbare hand regelt het verkeer tussen mensen. Begrijpelijkwijls valt dan de vraag of er in de economie wel ruimte is voor naastenliefde, solidariteit, zorg voor de medemens. Carlyle noemde toch niet zonder reden de economische wetenschap ‘the dismal science’. Toch was het dezelfde Adam Smith die, voordat de *Wealth of Nations* hem tot grondlegger van de economie maakte, zijn naam als wetenschapper gevestigd had met *The Theory of Moral Sentiments*, een boek over ethiek en de menselijke natuur. Waarom beoordelen we bepaalde handelingen en intenties positief en keuren we andere af? Smith zocht het – en dat was toen in 1759 volstrekt nieuw – in een aangeboren moreel bewustzijn, ondersteund door het eveneens aangeboren vermogen tot *empathie*: het zich gevoelsmatig in de positie van een ander kunnen verplaatsen. Die twee eigenschappen samen maken het mogelijk dat mensen samenleven in ordelijke en voordeelbrengende maatschappelijke verbanden. Bij de grondlegger van de economie ligt het najagen van het eigenbelang ingebed in een gevoelsleven en gedrag dat daarboven uitstijgt: ‘*The wise and virtuous man is at all times willing that his own private interest should be sacrificed to the public interest.*’³³

Ook in de moderne economie is er plaats voor een homo economicus met hart voor anderen. Als ik mijn eigen welvaartspositie hoger waardeer wanneer het mijn buurman materieel beter gaat, dan is dat een gegeven waarvan de economische gevolgen bestudering verdienen. Zorg voor de ander – als vertaling van het Engelse woord *caring* – bestaat met name voor mensen aan de onderkant van de inkomenspiramide. Ze komt tot uitdrukking in de bereidheid te betalen voor voorzieningen ten behoeve van anderen; vrijwillig, zonder enige dwang. Het kan een bijdrage in geld zijn, om de ander een inkomen te verschaffen om te overleven, maar ook in natura, of als geoordeeld geldbedrag om specifieke voorzieningen toegankelijk te maken voor minvermogenden: gezondheidszorg, onderwijs, huisvesting. Kerkelijke diaconie en charitatieve activiteiten en instellingen krijgen zo een plaats in de economische doctrine. De komst van de grootstedelijke samenleving, secularisatie, het losser worden van familieverbanden maakten het in de negentiende eeuw nodig nieuwe organisatievormen te vinden voor de zorg voor de ander. Zo kreeg bijvoorbeeld het stadsbestuur de leidende rol in de armenzorg. Van daaruit valt de lijn door te trekken naar de uniforme nationale regeling van de bijstand zoals we die nu kennen. De economie van het altruïsme³⁴ schetst een idyllisch beeld van de zorg- en zekerheidsvoorzieningen waar verticale herverdeling een rol speelt. De overheid is gereduceerd tot een intermediaire organisatie die de in wezen vrijwillige giften inzamelt en zorgt dat deze als uitkering of voorziening op de juiste adressen arriveren. Iedereen tevreden: de behoeftige ontvangers en uiteraard ook de gulle gevers die zien hoe er met hun

33 Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, Londen 1759.

34 D. Collard, *Altruism and Economy: A Study in Non-Selfish Economics*, Londen: Martin Robertson 1978.

geld wel wordt gedaan. Pareto-optimale herverdeling heet dat. Eén probleem doet echter enige afbreuk aan de idylle. Door de grootschaligheid van het nationale financieringssysteem ontstaat voor de individuele gever de indruk dat zijn bijdrage aan het geheel in het niet valt. Dat gaat ten koste van de omvang van de vrijwillige gift. Olson heeft in *The Logic of Collective Action*³⁵ geschetst hoe dat werkt. Zonder dwang bij het inzamelen gaat het dan niet. Van den Doel³⁶ smeedde hiervoor de passende term *vrijwillige aanvaarding van dwang*.

Hoe waarheidsgetrouw is deze idylle van een verzorgingsstaat gebouwd op naastenliefde? In 1984-1985, het laatste jaar van de eerdergenoemde universitaire vestiging Friesland, is in een onderzoeksproject van studenten een enquête gedaan naar de solidariteit in het ziekenfonds in Leeuwarden. Ja, de geënquêteerden waren zeer voor die solidariteit. Vervolgens bleek bij het inschatten van de eigen positie dat vrijwel iedereen meende aan de kant van de ontvangende inkomensgroep te zitten. Zulke signalen geven te denken en roepen om verder onderzoek. Helaas is met de sluiting van de Friese vestiging ook deze onderzoeksbloem in de knop gebroken. Het zou niet alleen voor de wetenschap, maar ook voor het beleid een goede zaak zijn om de ontwikkeling van de solidariteit in Nederland in een of meer getalsmaten te kunnen volgen.³⁷

Gedegen empirisch onderzoek mag dan ontbreken, weinigen zullen vandaag vertrouwen hebben in het realiteitsgehalte van de niet-zelfzuchtige economie. Alom wordt geroepen dat de solidariteit onder druk staat. Redenen genoeg: de giften komen terecht bij mensen voor wie ze nu juist niet bedoeld waren (misbruik), de afstand tussen gevers en ontvangers is toegenomen, de ontvangers van de gift worden passief, uitvoeringsinstanties verzaken hun taak. Als zorgzaamheid voor de ander de enige grondslag zou zijn voor de Nederlandse verzorgingsstaat dan ziet het er somber uit voor haar toekomst, ondanks alle pogingen tot reparatie.

De verzorgingsstaat is echter op meer pijlers gebouwd dan op solidariteit alleen; de verzorgingsstaat dient ook het eigenbelang. In het voorgaande (paragraaf 4.3) kwam al naar voren dat de verzorgingsstaat kan worden gezien als een maatschappelijk contract voor de lange termijn berustend op wederkerigheid. In aanvulling op die sociologische reflectie volgen hier enkele economische overpeiningen. Collectieve werknemersverzekeringen tegen inkomensderving bij werkloosheid, ziekte en invaliditeit kennen een duidelijke relatie tussen de hoogte van premie en uitkering. Bij vrijwillige individuele verzekering had de werknemer waarschijnlijk niet gekozen voor de combinatie van premie en uitkering waar hij met de collectieve verzekering aan vast zit, maar bijvoorbeeld wel voor een pre-

35 M. Olson, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press 1965.

36 J. van den Doel en B.C. J. van Velthoven, *Democratie en welvaartstheorie*, 3e druk, Alphen aan den Rijn: Samsom/Tjeenk Willink 1990.

37 Zie in dat verband ook de bijdrage aan dit boek van Van Oorschot.

mie en uitkering die dertig procent lager liggen. Voor dat meer bescheiden deel berust de collectieve verzekering op (imaginaire) vrijwilligheid gericht op eigenbelang en verschilt ze fundamenteel niet van Adam Smith's ruilrelatie met de bakker. Als er al problemen zijn met de maatschappelijke acceptatie van dit soort verzekeringen komen die in ieder geval niet voort uit een gebrek aan solidariteit, maar uit mankementen in ontwerp, met name het 'één maat past allen', en uitvoeringsgebreken die leiden tot verspilling en misbruik welke de premies van de bonafide werknemers opjagen. Zelfs vormen van sociale zekerheid en zorg met sterk inkomensherverdelende kenmerken, zoals AOW, AWBZ, de verplichte basisverzekering tegen kosten van medische zorg en ook het onderwijs dienen geheel of deels het eigenbelang. Weliswaar betalen personen met hogere inkomens vanuit het enge eigenbelang gezien een disproportioneel hoge bijdrage, maar daar staan voor hen wel uitkerings- en zorgrechten tegenover. De bedragen die men zou hebben betaald in een vrije markt – direct of via particuliere verzekering – zijn een maat voor het eigenbelang bij de collectieve verzekering. Voor mensen met een modaal inkomen ligt dat rond de honderd procent. Het gaat dan niet om het inkomen van een of enkele jaren, maar het verdiende inkomen, de betaalde belastingen en premies met daartegenover de ontvangen zorg en zekerheid van de wieg tot het graf.³⁸ Wie aan het begin van zijn leven staat weet niet hoe zijn levensloopinkomen en behoefte aan zorg en inkomenssteun zich zullen ontwikkelen. Het gedachte-experiment van John Rawls³⁹ volgend kan men zich voorstellen dat 'achter de sluier van onwetendheid' en op grond van eng eigenbelang de burger kiest voor een arrangement met royale collectieve voorzieningen aan de inkomensonderkant, grotendeels gefinancierd uit inkomen aan de bovenkant. Dat de gearriveerde burger op middelbare leeftijd vanuit zijn veilige positie van zo'n herverdelend arrangement af wil is hier niet mee in tegenspraak. Hij is met het ouder en rijker worden niet minder altruïstisch geworden – hij is nog even egoïstisch als op jeugdige leeftijd – alleen de omgeving waarin het eigenbelang wordt nagejaagd is veranderd. Overigens, als de welgestelde burger zich bedenkt dat het nu ontmantelen van de verzorgingsstaat zijn kinderen en kleinkinderen blootstelt aan risico's waar hij tegen beschut was, zou hij zich nog wel eens kunnen bedenken. Hypothetisch gezien kunnen alle kiezers steun geven aan een brede verzorgingsstaat puur op grond van het eigenbelang, zonder een spoor van solidariteit met anderen dan de eigen nazaat. Weliswaar is unanimititeit een droombeeld, een stevige politieke meerderheid zou er wel in kunnen zitten.

Tot zover zijn naastenliefde en eigenbelang tegenover elkaar gezet. Adam Smith volgend onderkennen we dat de twee motieven elkaar niet uitsluiten, maar bij normale mensen samen gaan. *Egoïsme en altruïsme schragen de verzorgingsstaat*. De

38 Volkskrant, *Van de wieg tot het graf? De toekomst van de verzorgingsstaat*, Amsterdam 1994.

39 J. Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford University Press 1970.

één kan de taak als fundament slechts ten dele overnemen van de ander. Grote problemen ontstaan als beide simultaan verzwakken. Vanuit een politiek-economisch perspectief is in een democratie de verzorgingsstaat een arrangement dat bij meerderheid van stemmen wordt opgelegd aan de minderheid van tegenstanders.⁴⁰ Als het altruïsme verdampt en de steun uit egoïsme slinkt omdat de beter gesitueerden vinden dat ze te weinig voor hun gedwongen afdrachten terugkrijgen, blijft in extremo alleen de politieke steun van de netto-ontvangers over. Een meerderheid van ‘benedenmodaal’, eventueel aangevoerd door enkele bovenmodale politieke carrièremakers, is niet ondenkbaar. De minderheid zal het zien als democratisch gelegitimeerde roof. Het zet de maatschappelijke verhoudingen op scherp. Niettemin zal de minderheid berusten als het alternatief er nog dreigender uitziet, namelijk revolutie en totale onteigening. Voor Bismarck was het destijds de hoofdreden om op autoritaire wijze sociale verzekering voor werknemers in te voeren. Zo kwam de eerste aanzet tot de verzorgingsstaat voort uit de drang tot politiek en economisch lijfsbehoud.

4.5 Altruïsme, eigenbelang en dwang in de verzorgingsstaat

We kunnen theoretiseren⁴¹ over naastenliefde en eigenbelang als grondslagen van de verzorgingsstaat, het blijft nogal esoterisch zolang niet duidelijk is wie er nu in welke mate feitelijk profiteren en wie er voor welk bedrag betalen. De gebruikelijke cijfers op jaarbasis zeggen daarover weinig; relevant zijn het profijt en de betalingen *over de hele levensloop*. Een recente publicatie van het Centraal Planbureau⁴² verschaft voor het eerst de lang verbeide transparantie over het brede pakket voorzieningen van de verzorgingsstaat zoals omschreven in paragraaf 4.1, dus inclusief onderwijs tot aan universiteit toe en de overheidssteun voor huisvesting via huursubsidie en belastingaftrek voor hypotheekrente. De voorzieningen zijn toegedeeld naar groepen op basis van opleidingsniveau, waarvoor ook de levensinkomens en de over het leven betaalde belastingen en sociale premies zijn berekend. Er is uitgegaan van de arrangementen zoals die in 2003 en 2004 bestonden. De cijfers in tabel 4.1 stellen het gemiddelde per persoon in elke opleidingscategorie voor.

40 C.J.M. Schuyt, *Op zoek naar het hart van de verzorgingsstaat*, Leiden 1991.

41 C.J.M. Schuyt en R. van der Veen (red.), *De verdeelde samenleving. Een inleiding in de ontwikkeling van de Nederlandse verzorgingsstaat*, Leiden 1990.

42 H. ter Rele, *Measuring lifetime redistribution in Dutch collective sector arrangements*, CPB Document no. 79, Den Haag, CPB, 2005.

Tabel 4.1 Gemiddelde levensloopbaten per persoon (contante waarden; 1 = € 1.000)

	Over- drachten	Baten in natura	Huisvestings- arrangementen	Totaal
Basisonderwijs	86,7	167,7	17,8	272,2
Lager secundair onderwijs	85,1	158,8	14,6	258,5
Hoger secundair onderwijs	85,5	150,5	15,7	251,7
Middelbaar beroepsonderwijs	85,6	171,2	14,6	271,4
Hoger beroepsonderwijs	88,5	166,2	27,5	282,2

Bron: Ter Rele, tabel 4.4.

De hoogstopgeleiden (hbo'ers en universitair opgeleiden) profiteren het meest; dankzij duur, maar vrijwel gratis hoger onderwijs en de belastingaftrek voor hypotheekrente. De laagst opgeleiden (basisonderwijs en lager secundair onderwijs) komen op de tweede plaats. Overdrachten zoals bijstandsuitkeringen en andere uitkeringen en huursubsidies zorgen voor een vangnet. De middengroepen, (hoger secundair en middelbaar beroepsonderwijs) hebben de laagste totale baten. Het meest opvallende aan de cijfers is dat de verschillen tussen de opleidingscategorieën niet erg groot zijn. Het verschil tussen het hoogste en het laagste totale profijt ligt rond vijftientig procent. Is zo'n uniform profijt ook niet het arrangement waarvoor men op grond van eigenbelang zou kiezen 'achter de sluier van onwetendheid' over de toekomstige positie in de samenleving?

De aanwezigheid van verticale herverdeling van 'rijk' naar 'arm' kan een indicatie zijn van het bestaan van altruïsme. Tabel 4.2 geeft daarover informatie.

Tabel 4.2 Levensloopinkomen, -profijs en -belastingen (contante waarden; 1 = € 1.000)

	Arbeids- inkomen	Totaal profijs	Belastingen	Belastingen als percentage van profijs
Basisonderwijs	294,1	272,2	155,6	57%
LagerSecundair onderwijs	384,5	258,5	204,5	79%
HogerSecundair onderwijs	554,0	251,7	302,0	120%
MiddelbaarBeroepsonderwijs	569,9	271,4	304,0	112%
Hoger Beroepsonderwijs	769,6	282,2	421,3	149%
Universitair onderwijs	1043,7	321,6	569,4	177%

Bron: Ter Rele, tabellen 3.1, 4.4, 5.1.

De middengroepen betalen over hun levensloop tien tot twintig procent meer aan belastingen dan zij aan baten van de verzorgingsstaat terugzien. Daar zit dus

enige ruimte voor altruïstische motieven. Beneden de middengroepen heeft men duidelijk persoonlijk voordeel bij de verzorgingsstaat. De bijdrage van de laagst opgeleiden aan het gebruik van de collectieve arrangementen is respectievelijk zevenenvijftig procent en negenenzeventig procent. Hier kan men voorstander zijn van solidariteit op grond van eigenbelang. De echte solidariteit zou dan vooral moeten komen van de groep hoger opgeleiden. Wie een universitaire opleiding heeft, betaalt zevenenzeventig procent meer dan zijn profijt; voor hbo'ers is het negenenveertig procent. De *verticale herverdeling* is aanzienlijk. Zonder verzorgingsstaat heeft de hoogste opleidingscategorie drie en een half keer meer dan de laagste; met verzorgingsstaat twee keer zoveel. Mogen we echt geloven dat de naastenliefde in Nederland zo ver gaat? Waar altruïsme als verklaringsgrond tekortschiet, bieden de andere overwegingen de aanvulling: eigenbelang omdat men zelf alsnog tot de bedelstaf kan vervallen en ook de prijs die men bereid is te betalen voor politieke stabiliteit. Wat dan nog overblijft is het eventuele onvrijwillige deel van de overheveling: de politieke uitbuiting van de kiezersminderheid. Bij alle debatten over het behoud van de Nederlandse verzorgingsstaat blijft het gissen wat het kwantitatieve aandeel is van de diverse motieven die haar steunen dan wel ondermijnen.

4.6 Ten slotte

Wat levert deze gezamenlijke exercitie van een econoom en een socioloog nu op? Een heleboel vragen en ideeën die aanzetten tot verdere samenwerking. Maar in het kader van dit hoofdstuk kan wel de conclusie worden getrokken dat het welbegrepen eigenbelang, de ruil, de dubbele solidariteit, cruciaal is voor het voortbestaan van de verzorgingsstaat en dat daarmee ook de noodzaak om de voorzieningen universeel te houden of te maken, gegeven is.

Die nadruk op het welbegrepen eigenbelang schept wel verplichtingen voor de overheid: voorzieningen moeten zo goed mogelijk toegesneden zijn op de individuele preferenties van burgers. Dat is nu niet het geval; met name niet bij de sociale zekerheid, waar *één maat allen moet passen* en de overheid de maat voorschrijft. Persoonsgebonden budgetten, zoals nu bijvoorbeeld reeds bestaan in de thuiszorg, kunnen die keuzevrijheid vergroten, vindt de econoom. Stel dat de geconstateerde gelijkheid van levensloopprijft over inkomensgroepen als expliciet en breed gedragen uitgangspunt kan dienen. De technische grens voor de eigen keuzeruimte ligt dan bij een voor iedere burger gelijk levensloopbudget, naar eigen inzicht te besteden binnen een gespecificeerde reeks voorzieningen. Bijvoorbeeld, men zou studiefinanciering kunnen opnemen en accepteren dat men straks minder AOW ontvangt, omdat men verwacht het eigen pensioen bijeen te kunnen sparen uit het academische salaris. Dat vaste levensloopbudget, geeft de zorgcliënt keuze; het geeft hem ook verantwoordelijkheid. Dat betekent dat de overheid haar zorgplicht aan de burger delegeert én daarbij accepteert dat de burger zelf de gevolgen moet dragen voor de door hem gemaakte keuzen. Dat

is de onvermijdelijke keerzijde van zelfredzaamheid. Pas uit de bereidheid tot dergelijke radicale decentralisatie zal blijken wat de retoriek in het huidige pleidooi voor meer *zelfredzaamheid* in werkelijkheid waard is.

Over die persoonsgebonden budgetten, moet nog eens verder worden nagedacht, vindt de socioloog. Kun je het een achttienjarige kwalijk nemen wanneer hij zijn hele levensloophudget opneemt om een paar jaar rond te trekken in de Hindu Kush? Wanneer is iemand in staat om op een financieel verantwoorde wijze zijn leven te plannen als hij daartoe al in staat is en als het leven al kan worden gepland? Geld opzij leggen voor je pensioen wanneer je aan het begin staat van je carrière met jonge kinderen en een scala van wensen die gevoed zijn door het *consumentenethos*? Als dat al mogelijk zou zijn, dan moet er eerst het nodige veranderen in opvoedings- en onderwijspraktijken die nu veel hedonistische trekjes kennen. De overheid moet streng en rechtvaardig zijn. Maar de overheid kan zijn burgers niet creperend op straat laten liggen, ook al zijn ze daar door eigen schuld beland. Het vergroten van de keuzevrijheid en het bestrijden van de anonieme grootschaligheid moeten, deels met behulp van technieken als persoonsgebonden budgetten, deels met een andere werkwijze van de overheidsdienaren te verwezenlijken zijn. Bovendien moet duidelijker worden overgedragen, zowel politiek als individueel, dat de verzorgingsstaat in ieder geval voor een groot deel berust op welbegrepen eigenbelang en dat daar niets mis mee is. Het creëren van selectieve voorzieningen (alleen voorzieningen voor hen die niet voor zichzelf kunnen zorgen en geen basisgaranties voor iedereen) of fiscalisering van voorzieningen (het geven van toeslagen op het inkomen die het eigen particuliere initiatief aanvullen) zijn op korte termijn misschien kostenbesparend maar ondergraven op lange termijn dit belangrijke fundament van de verzorgingsstaat.⁴³

43 Zie voor een uitvoerige beschouwing: Romke van der Veen, *Nieuwe vormen van solidariteit. Sociaal-democratische beginselen en de verzorgingsstaat*, Amsterdam 2005.

Wetgevingskwaliteit: het gedrag van de normadressaat

Reinoud Doeschot en Ko de Ridder

5.1 Speaking truth to power

In het jaar 1979 benoemde de staatssecretaris van Sociale Zaken Frits Noordam tot Kroonlid van de Sociale Verzekeringsraad. Het fenomeen ‘Kroonlid’ is kenmerkend voor de structuur van de corporatistische instituties die meer dan een halve eeuw de dragers waren van het sociaal-economische beleid in ons land. De tripartiete samenstelling van allerlei bestuurscolleges (vertegenwoordigers van werkgevers en werknemers, en door de Kroon benoemde leden) was de uitdrukking van de gezamenlijke verantwoordelijkheid van overheid en georganiseerd bedrijfsleven voor de inhoud en de uitvoering van het beleid. Niettemin waren kroonleden niet de representanten van de minister, geen regeringscommissarissen. Hun rol en positie was wat vaag, en als gevolg daarvan waren er kroonleden in soorten en maten.¹ Frits Noordam behoorde tot het type kroonleden dat het als zijn taak beschouwde om de waarden van zijn professie, het recht, tot gelding te brengen in het Raadswerk – ook als dat inging tegen de vaak nog corporatistische geest van de besluitvorming in de Raad. De politieke economie van het tripartiete overleg zoals die later door de commissie-Buurmeijer werd ontrafeld,² bracht met zich mee dat er veel prikkels voor werkgevers en werknemers waren om de kosten van hun overeenstemming af te wentelen op de samenleving als geheel. Externalisering van kosten kon allerlei vormen aannemen, maar zeker ook de vorm van Raadsbeslissingen die op gespannen voet stonden met beginselen van algemene rechtmatigheid. In deze context voelde Noordam zich gehouden de eisen van rechtmatigheid toch zoveel mogelijk tot gelding te brengen. Het was een

1 H.C.M. Dekkers, ‘De Sociale Verzekeringsraad als toporgaan’, in: J.Th.J. van den Berg, *De SVr 40 jaar: einde van een tijdperk, een nieuw begin?*, Zoetermeer 1992.

2 Rapport van de enquêtecommissie naar het functioneren van de organen belast met de uitvoering van de socialeverzekeringswetten, (voorzitter commissie: J.F. Buurmeijer), TK 1992/93, 22 730, nr. 8.

vorm van *speaking truth to power*, om de overbekende van Wildawsky afkomstige kwalificatie voor het werk van de beleidsanalist nog maar eens te gebruiken.³

Deze houding is ook in het wetenschappelijke werk van Noordam een constante factor. Gedurende de periode dat hij de leerstoel sociaal zekerheidsrecht in Groningen bekleedde, was hij steeds een consistente criticus van nieuw aangekondigde en bestaande wetgeving. Hij deed dit welbewust en beschouwde het als een taak die deel uitmaakte van zijn leeropdracht. Zoals hij het zelf in één van zijn recente publicaties formuleerde: *‘En ook de wetenschap, mits onafhankelijk en gezaghebbend, kwalificaties waaraan zeker niet altijd wordt voldaan, moet Den Haag hinderlijk blijven volgen. Dat is haar opdracht.’*⁴

5.2 De maatstaven van Noordam

In zijn analyses van wetgevingsprojecten ontwierp Noordam in de loop van de tijd iets dat men kan aanmerken als een eigen wetgevingsleer. Uiteraard maakte hij gebruik van algemene inzichten over wetgeving en wetgevingskwaliteit zoals die in de literatuur (van Groenendaal tot Eijlander en Voermans) zijn uitgewerkt.⁵ Met overtuiging onderschreef hij de normen die in *Zicht op wetgeving* zijn te vinden: rechtszekerheid, doeltreffendheid en doelmatigheid, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid.⁶ De kern van zijn wetgevingskritiek is echter een geheel van eigen kwaliteitsmaatstaven die juist in een voortdurende confrontatie met een gebrekkige wetgevingspraktijk op het terrein van de sociale zekerheid tot ontwikkeling kwam. Neem bijvoorbeeld de volgende standaard:

Een wettelijke regeling ‘(...) moet een doordacht product zijn van een wetgever met kennis van zaken. (...) Men moet kunnen proeven dat de wetgever het te regelen onderwerp beheerst, in zijn vingers heeft’.⁷

In de beschouwing waarvan dit citaat de opmaat is, werd een ontwerp van een werkloosheidswet (1987) gefileerd. De auteur maakte met grote precisie duidelijk dat de wetgever het te regelen onderwerp *niet* in de vingers had en dat het wetsvoorstel niet zozeer een doordacht als wel een wanproduct was. Aan het slot

3 Aaron B. Wildawsky, *Speaking Truth to Power: The Art and Craft of Policy Analysis*, Boston, 1979.

4 F.M. Noordam, ‘Socialezekerheidsrecht: ingewikkeld ingewikkeld’, in: S. Klosse (red.), *Arbeid en Gezondheid. Schipperen tussen verantwoordelijkheid en bescherming* (p. 223-234), Maastricht: Universitaire Pers Maastricht 2006, p. 234.

5 J. Groenendaal, *Inleiding tot de wetgevingstechniek*, Alphen aan den Rijn 1956, aangehaald in F.M. Noordam, ‘De nieuwe werkloosheidswet: een rammelend ontwerp’, *SMA* 1986, (41, 2), p. 103; Philip Eijlander en Wim Voermans, *Wetgevingsleer*, Den Haag 2000, aangehaald in Noordam 2006.

6 *Zicht op wetgeving*, TK 1990/91, 22 008, 2, in vele artikelen van Noordam aangehaald.

7 Noordam 1986, p. 103.

van het artikel verschijnt dan ineens een verrassend additioneel kwaliteitscriterium – *schoonheid*:

‘Ik doel op de ambachtelijke aandacht die vereist is voor verantwoorde, doordachte wetgeving. Wetgeven is net als schrijven een ambacht. Het beheersen van dat vak is een onmisbare voorwaarde om een esthetisch fraai product tot stand te brengen. En schoonheid is met rechtvaardigheid (een beoordelingsnorm die in dit artikel bewust buiten beschouwing is gelaten) de uiteindelijke toets voor goede wetgeving.’⁸

Een esthetische maatstaf voor goede wetgeving? Het past helemaal bij Noordam’s ideaal van een welontworpen wet, zoals in de Griekse oudheid helder denken, helder ontwerpen en schoonheid één geheel vormden. Daar kan een HUF-toets of een ACTAL-toets niet tegenop.

Een volgende maatstaf die typisch tot het Noordam-repertoire behoort, is het vereiste dat de wetgeving *niet ingewikkeld* mag zijn. Juist de socialezekerheidswetgeving is bij uitstek een ingewikkeld wetgevingscomplex. Dit komt onder meer tot uiting in het gebrek aan leesbaarheid, duidelijkheid en toegankelijkheid van de regelgeving. In het artikel dat hij speciaal aan het thema ingewikkelde wetgeving besteedde, besprak Noordam een twaalftal oorzaken van de complexiteit van de wetgeving op het terrein van de sociale zekerheid.⁹ Het paradoxale feit doet zich voor dat het ingewikkelde van de sociale wetgeving vooral een probleem is voor ‘de socialezekerheidsconsument, de gemiddelde uitkeringsgerechtigde’ die door de bank genomen niet over de juridische en bureaucratische vaardigheden beschikt om zo’n hydra te lijf te gaan. Voor de meeste andere betrokkenen bij het socialezekerheidscomplex betekent de ingewikkeldheid van de regelgeving vooral: meer brood op de plank.

Een derde (mede op *Zicht op wetgeving* gebaseerde) maatstaf die Noordam zeer ter harte gaat is die van duurzaamheid van wetgeving. Opnieuw een citaat:

‘In de praktijk realiseert men zich echter te weinig dat het recht duurzaam, bestendig en stabiel behoort te zijn. Te veel verandering van regelgeving roept het gevaar op dat de burgers daarvoor immuun, veranderingsresistent, worden.’¹⁰

Dat juist op het terrein van de sociale zekerheid voortdurend tegen deze maatstaf is gezondigd, was niet moeilijk aan te tonen. Zo kon hij laten zien dat de WW

8 Noordam 1986, p. 112. Ter adstructie van de esthetische maatstaf is een verwijzing naar Gerard Reve opgenomen.

9 Noordam 2006, p. 227 e.v.

10 Noordam 2006, p. 232.

in tien jaar tijd zestig maal was gewijzigd, en de Abw zestig maal in acht jaar tijd. De praktijk van de socialezekerheidswetgeving lijkt, zo bezien, op een hond die een haas najaagt: elke haak, door de haas geslagen, wordt door de jagende hond gevolgd, maar geen enkele koerscorrectie brengt hem dichterbij zijn prooi. Cynici zouden nog verder kunnen gaan en de wetgevende arbeid op het terrein van de sociale zekerheid kunnen vergelijken met het bijzagen van de poten van een wankelende tafel; telkenmale wordt te weinig of te veel van een poot afgehaald, hetgeen hernieuwd bijzagen nodig maakt, tot uiteindelijk de poten zijn verdwenen.

5.3 Grenzen aan de modificatie?

Deze laatste observatie brengt ons bij het centrale thema van deze bijdrage: de modifierende werking van socialezekerheidswetgeving. Bestuursrechtelijke wetgeving, en met name die op het terrein van de bijzondere delen, heeft in belangrijke mate ten doel te modifieren in tegenstelling tot codificeren van zich ontwikkelend recht. Dat wil zeggen dat veel bestuursrecht tot doel heeft het gedrag van burgers en instituties te beïnvloeden en in een bepaalde richting te sturen. De vraag is steeds in hoeverre het bestuursrecht daarin kan slagen. Overziet men, met Noordam, honderd jaar socialezekerheidswetgeving,¹¹ dan geeft dat, in navolging van Noordam, aanleiding tot somberheid.¹² Hiervoor werd reeds de aan *Zicht op wetgeving* ontleende observatie vermeld dat een zo grote dynamiek in wetgeving als het socialezekerheidsrecht te zien heeft gegeven, burgers *uitvoeringsresistent* maakt; de wet ontbeert dan ten aanzien van burgers zijn modifierende werking. Minstens zo belangrijk echter is, dat de wetgeving het gedrag van instituties, met name uitvoeringsinstanties modificeert, wil zij effect sorteren.¹³ Er zijn tal van aanwijzingen dat uitvoeringsinstanties op het terrein van de sociale zekerheid nog veel meer uitvoeringsresistent zijn dan de uitkeringsgerechtigde burger.¹⁴

5.4 Sturing van de uitvoering van de socialezekerheidsregelingen

Vanaf het midden van de jaren tachtig is het stelsel van sociale zekerheid voortdurend aangepast. Aanleiding was steeds de onbeheerste toename van het aan-

11 F.M. Noordam, 'Sociale Zekerheid: een uiterst veranderlijk verschijnsel (I)', *SMA* 2005, nr. 6, p. 272-283, en 'Sociale Zekerheid: een uiterst veranderlijk verschijnsel (II)', *SMA* 2005, nr. 7/8, p. 335-345.

12 F.M. Noordam, 'Sociale zekerheid maal kwaliteit is somberheid', *SMA* 1999, nr. 1, p. 18-30.

13 C. Sas, M. Herweijer (red.), *Uitvoering van beleid, blinde vlek bij bestuurders of hobby van onderzoekers?*, Den Haag 1992.

14 Zie bijvoorbeeld R.J. van der Veen, *De sociale grenzen van beleid, een onderzoek naar de uitvoering en effecten van het stelsel van sociale zekerheid*, Leiden 1990.

tal arbeidsongeschikten. Doelstelling van de aanpassingen was in de eerste plaats het beheersen van de toestroom van arbeidsongeschikten en in de tweede plaats het reduceren van het beroep op de socialezekerheidsregelingen. In die tijd kwam de opvatting naar voren dat sociale zekerheid zelf een negatieve invloed uitoefende op de economie. Tot die tijd werd het beroep op de sociale zekerheid gezien als het resultaat van de economische ontwikkeling. Het stelsel van sociale zekerheid zou zelfs dienen als smeermiddel voor een piepende economie.

Vanaf het midden van de jaren tachtig waren de rollen omgedraaid: de sociale zekerheid zelf zou economisch herstel in de weg staan. In de economische analyse van de sociale zekerheid deed het begrip ‘hysterese’ zijn intree.¹⁵ Ongeveer tegelijkertijd en in samenhang met het vorige, vond een paradigmaverandering plaats ten aanzien van de uitkeringsontvanger. Was de WW’er of WAO’er tot het midden van de jaren tachtig nog vooral een slachtoffer, langzamerhand werd het een calculerende burger die keuzes had, waaronder de keuze om aan de kant te blijven staan of arbeidsongeschikt te blijven. Deze paradigmawijziging bood de basis voor een groot aantal maatregelen die erop waren gericht burgers en bedrijven andere keuzes te laten maken.

Dit alles gaf aanleiding tot een grootscheepse herziening van de wetgeving waarin rechten en plichten van werkgevers en werknemers ten aanzien van inkomensrisico’s werden geregeld. Daarnaast werden ook, vooral sinds het verschijnen van het rapport van de commissie-Buurmeijer in 1992, allerlei pogingen ondernomen om de organisatie van de uitvoering van de sociale zekerheid in een nieuwe jas te steken.¹⁶ Nieuwe organisaties werden in het leven geroepen, sociale partners werden uit het bestuur van de uitvoeringsorganisaties verwijderd, een aparte toezichthouder werd opgericht, er werd een quasi-markt bedacht en weer opgeheven. Deze en talloze andere maatregelen werden getroffen om de publieke uitvoeringsorganisaties beter te laten presteren, maar de maatregelen hebben slechts weinig effect gehad. De modifierende werking van de wetgeving voor het gedrag van de uitvoeringsorganisaties bleek gering. De vraag is nu, waaraan dit gebrek aan doorwerking in de uitvoeringspraktijk kan worden toegeschreven. Aan de hand van de casus ‘herbeoordelingen’ zullen we hier exploreren waarom dit het geval is.

5.5 Herbeoordeling

In 1993 is in het kader van de Wet terugdringing beroep op de arbeidsongeschiktheidsregelingen (Wet TBA) een aantal maatregelen getroffen die betrekking

15 Coen Teulings, Romke van der Veen, Willem Trommel, *Dilemma’s van sociale zekerheid : een analyse van 10 jaar herziening van het stelsel van sociale zekerheid*, Den Haag 1997.

16 Een van deze pogingen gaf Noordam aanleiding tot het schrijven van zijn waarschijnlijk meest wetskritische artikel: ‘SUWI: meer bureaucratisch autisme of meer mensen aan het werk?’, *SMA* 1999, nr. 6, p. 306-317.

hadden op de medische en de arbeidsdeskundige beoordelingen. De inhoudelijk belangrijkste wijziging was dat voortaan alle ‘algemeen geaccepteerde arbeid’ als passend werd beschouwd. Procedureel was de belangrijkste wijziging dat WAO’ers na één jaar moesten worden herkeurd en vervolgens elke vijf jaar moesten worden herkeurd. Deze regels golden niet alleen voor mensen die voor het eerst een WAO-uitkering kregen, maar ook voor de WAO’ers die al een uitkering hadden. Alle arbeidsongeschikten onder de 45 jaar moesten worden herkeurd. Deze zogeheten eenmalige herbeoordelingsoperatie had nogal wat voeten in de aarde. Honderdduizenden WAO’ers moesten een extra keuring ondergaan. Uitvoeringstechnisch was dit een enorme operatie.

Vanaf het begin is er over de herkeuringen veel te doen geweest. Het ging hierbij vooral om de eenmalige herkeuringen. Ongeveer een kwart van de mensen die werden herkeurd volgens het nieuwe arbeidsongeschiktheids criterium verloor het recht op uitkering. De reguliere herkeuringen die voor de nieuwe WAO’ers golden, moesten vanaf 1994 door de uitvoeringsorganisaties worden uitgevoerd. Hierover is veel minder ophef gemaakt. Vanaf het begin was er sprake van moeilijkheden om alle herbeoordelingen tijdig uit te voeren. In de praktijk werden ongeveer drie van de vier verplichte herkeuringen niet uitgevoerd. Deze uitvoeringspraktijk heeft twaalf jaar lang kunnen blijven bestaan. De Tweede Kamer, het ministerie, de toezichthouder en de uitvoerder hebben deze uitvoeringspraktijk niet kunnen veranderen. Integendeel. Door hun gedrag hebben zij juist bijgedragen het voortbestaan van een gebrekkige uitvoering.

5.6 De uitvoeringspraktijk¹⁷

De uitvoering van de eenmalige herbeoordelingsoperatie was een grote krachtproef voor de uitvoeringsorganisatie, toentertijd nog de zogeheten uitvoeringsinstellingen, de administratiekantoren van de bedrijfsverenigingen. Deze uitvoeringsinstellingen zagen zich voor de taak gesteld om enkele honderdduizenden WAO’ers te herkeuren. Tegelijkertijd moest een systeem worden opgezet om WAO’ers die na 1993 waren ingestroomd na een jaar te herkeuren. Het ging hier in het begin om ca. 80.000 extra keuringen op jaarbasis. De enorme toename van het aantal keuringen legde een druk op de eerste WAO-keuring, de zogeheten Einde Wachtijdbeoordeling (EWT). De kwaliteit van de EWT-keuring liet toch te wensen over. Vaak werden de WAO-keuringen in een half uur afgedaan op basis van weinig meer dan het verhaal van de WAO-aanvrager. Het hele keuringssysteem leek uit zijn voegen te barsten. Dit was aanleiding voor de uitvoeringsorganisaties om een aantal maatregelen te nemen om de stroom keuringen in goede banen te leiden. Hierbij werd als belangrijkste uitgangspunt gekozen dat de

17 Gebaseerd op: Inspectie Werk en Inkomen, *Herbeoordeeld, Uitvoering van de wettelijke WAO-herbeoordelingen*, Den Haag 2004.

EWT-keuring prioriteit moest krijgen. Het adagium hierbij was dat je eerst de kraan dicht moest draaien, voordat je kon beginnen met dweilen. Het uitvoeren van de herkeuringen werd hierbij gezien als dweilen. De verplichte herkeuringen werden slechts mondjesmaat uitgevoerd. Mensen die bij de eerste keuring als volledig arbeidsongeschikt waren bestempeld, werden niet opgeroepen voor de herkeuring. De herkeuring werd, in afwijking van de voorschriften, op de stukken afgedaan. Bij één uitvoeringsorganisatie werd dit het stapeltje Lourdes genoemd: mensen die alleen door een godswonder weer arbeidsgeschikt konden worden. Zij werden in het computersysteem als herkeurd ingevoerd.

Een andere maatregel met grote gevolgen was dat de keuringsartsen zouden worden aangestuurd op productie.¹⁸ Het aantal beoordelingen per keuringsarts moest flink omhoog. Er werden managers aangesteld die het als hun hoofdtaak zagen om de artsen en arbeidskundigen zoveel mogelijk keuringen te laten verrichten. De kwaliteit van de keuring moest door een stafverzekeringsarts worden gewaarborgd. Deze functionaris had formeel echter geen mogelijkheid de kwaliteit van de keuring hoog op de agenda te krijgen. In de praktijk werd vooral op kwantiteit gestuurd, maar dat had weinig succes. Hoewel de uitvoeringsorganisatie vaag is gebleven over de omvang van de productie en nooit inzicht gaf in de productiviteit van een keuringsarts, lijkt een grove berekening van de productiviteit van keuringsartsen (het aantal keuringen dat moest worden verricht gedeeld door het aantal beschikbare artsen) aan te geven dat er voldoende capaciteit was om de keuringen uit te voeren. Dit wordt bevestigd in een onderzoek naar de aansturing van verzekeringsartsen, waarbij een regiokantoor werd aangetroffen dat in staat bleek niet alleen de eigen keuringen uit te voeren, maar ook nog te helpen bij het wegwerken van achterstanden bij een ander kantoor terwijl dit kantoor volgens de GAK/UWV-normen een tekort aan capaciteit had van 30%.

5.7 Absorptievermogen

Het voorbeeld van uitvoering van de Wet TBA laat zien dat de grenzen van de wetgeving al snel zijn bereikt als het gaat om het veranderen van institutioneel gedrag. Complexe organisaties zijn notoir inert, ook als het gaat om het absorberen van nieuwe regelgeving.¹⁹ De oorzaken daarvan zijn met een voorbeeld te illustreren. Organisaties bestaan uit professionals met een bepaalde expertise en knowhow. Daarop baseren zij hun aanpak van problemen en hun werkwijzen. Ook voor uitvoering van nieuwe regelgeving zal een professionele organisatie zoveel mogelijk terugvallen op reeds beschikbare expertise, tenzij er voldoende

18 Inspectie Werk en Inkomen, *De manager de baas, Een onderzoek naar WAO-managers en hun integrale verantwoordelijkheid voor het werk van verzekeringsartsen*, Den Haag 2004.

19 J. de Ridder en R.H.C. Kemkers: 'Inertie en aanpassing, de implementatie van artikel 19 lid 2 WRO', *Beleidswetenschap* 2002, p. 236-253.

prikkels zijn om te investeren in nieuwe expertise en knowhow. In het voorbeeld van de herkeuringen zijn de keuringsartsen de *streetlevel*-uitvoerders die hun aanpak en de daarvoor benodigde expertise zouden moeten gaan veranderen. Juist artsen zijn van alle professionals het minst gevoelig voor gedragsbeïnvloedende regelgeving.

Bovendien zijn complexe organisaties ingewikkelde netwerken van op elkaar afgestemde activiteiten. Verstoring van die netwerken is kostbaar en kan tot langdurige ineffectiviteit van de organisatie leiden. Ook voor de uitvoering van nieuwe regelgeving zal de organisatie zoveel mogelijk terugvallen op reeds bestaande routines en *standard operating procedures*, tenzij er voldoende prikkels zijn om te investeren in nieuwe routines. In het voorbeeld van de herkeuring bleek de instelling van aansturing op kwantiteit, compleet met een nieuwe managementlaag, geen succes op te leveren. De prikkels vanuit de eigen professionele normen van de keuringsartsen bleven overheersen.

Het absorptievermogen van uitvoeringsorganisaties blijkt een belangrijke voorwaarde te zijn voor beleidsverandering. De UWV gaat nog steeds gebukt onder de massale wijzigingen van de regelgeving waarmee het werd geconfronteerd, onder meer blijkend uit klachten over de werkzaamheden van deze uitvoeringsorganisatie. Stel daartegenover een succesvolle verandering: de ombouw van de Algemene Bijstandswet tot Wet werk en bijstand. Hoewel in de aanloop ook wel de vrees werd geuit dat de uitvoeringsinstellingen – in dit geval de sociale diensten van de gemeenten – niet in staat zouden zijn de wijziging te absorberen, bleken de gemeenten er in de praktijk heel goed raad mee te weten. De reden kan worden gezocht in het gegeven dat de nieuwe WWB niet meer, maar juist minder gedragsvoorschriften voor de gemeenten bevatte. De essentiële wijziging was het verleggen van de verantwoordelijkheid voor de uitvoering naar de gemeenten. Deze bevoegdheidsverplaatsing resulteerde in een nieuw stelsel van prikkels met een andere uitvoeringspraktijk als gevolg.

5.8 Tot slot

Deze kleine oefening in uitvoeringsanalyse geeft aanleiding om naast de ‘Maatstaven van Noordam’ nog een maatstaf voor wetgevingskwaliteit in te voeren – de *absorptietoets*. Het behoort al jaren tot de routine van het wetgevingsproces om een HUF-toets uit te voeren; een ex ante beoordeling van de handhaafbaarheid, de uitvoerbaarheid en de fraudebestendigheid van een ontwerpregeling. Vooral de uitvoerbaarheidstoets blijft vaak een tamelijk uitwendige aangelegenheid. De toets biedt vaak onvoldoende zicht op het vermogen van de uitvoeringsorganisatie om zich tijdig en adequaat in te stellen op de uitvoering van de nieuwe regelgeving. Een absorptietoets zou de wetgever eerder tot het inzicht kunnen brengen dat het absorptievermogen van uitvoeringsorganisaties gelimiteerd is. En dat zou dan weer aanleiding kunnen zijn om meer acht te slaan op wellicht de belangrijkste maatstaf van Noordam: *duurzaamheid*.

Naar een dienstbare sociale zekerheid?

Irene Asscher-Vonk en Willem Bouwens

6.1 Inleiding

In het preadvies voor de NJV van het jaar 2001 analyseert Noordam, samen met Van der Heijden, aan de hand van een aantal grote wetgevingsprojecten uit de periode 1980-2000, welke visie de overheid heeft geleid bij het tot stand brengen van de vele wijzigingen op het gebied van de sociale zekerheid.¹ In deze bijdrage gaan wij de dialoog met dat werk aan door deze rechtsgronden- of paradigmavraag te stellen naar aanleiding van een aantal recente wijzigingen in de sociale zekerheid. Van belang daarbij is of in het socialezekerheidsrecht op een bepaald moment een consistente visie bij de wetgever is waar te nemen, dan wel of op dit punt binnen de diverse takken van sociale zekerheid verschillen voorkomen. Voorts wordt bezien welke consequenties een bepaalde visie heeft op de uitwerking in de wet: in welke mate beïnvloedt de opvatting van de wetgever de vormgeving van de wettelijke regeling, te denken is aan de keuze van het te verzekeren risico, kring van verzekerden, prestatie, voorwaarden, uitvoering, financiering en rechtsbescherming? In dit opstel wordt deze vraag gesteld naar aanleiding van de eisen die de wet aan uitkeringsgerechtigden stelt, in het bijzonder in geval van arbeidsongeschiktheid en werkloosheid.

Het doel van deze exercitie is de consequenties van het hanteren van een bepaalde rechtsgrond te doordenken en zo een bijdrage te leveren aan de discussie over de rechtsgronden van de sociale zekerheid. Wij denken daarmee een bijdrage te geven aan het tot stand komen van kwalitatief betere wetgeving, een ideaal waarvoor Noordam zich met hart en ziel – en scherpste – heeft ingezet.²

1 P.F. van der Heijden en F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht; over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking*, preadvies voor de NJV, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

2 Zie, naast het al genoemde preadvies, bijvoorbeeld ook: F.M. Noordam, 'Sociale zekerheid: een uiterst veranderlijk verschijnsel (I)', *SMA* 2005, nr. 6, p. 274, en 'Sociale Zekerheid: een uiterst veranderlijk verschijnsel (II)', *SMA* 2005, nr. 7/8, p. 342.

6.2 Paradigmawisseling

In de notitie *Nieuwe accenten op het terrein van werk en inkomen* van 21 september 2004 schetst de regering welke overwegingen en doelstellingen ten grondslag liggen aan haar beleid op het terrein van de arbeidsmarkt en de sociale zekerheid.³ Er moeten nieuwe accenten worden gelegd. Deze moeten volgens de notitie zo worden gekozen dat het draagvlak wordt versterkt voor een solide en solidair stelsel, mede om de gevolgen van de vergrijzing op te vangen. Dit vergt volgens de regering vóór alles een vergroting van de arbeidsparticipatie. Om die reden is het van belang dat het stelsel van sociale zekerheid bijdraagt aan een optimaal functionerende arbeidsmarkt. In dat verband wordt gesproken over het activerende karakter van het stelsel en de ‘circulatiefunctie’ van de sociale zekerheid. Het streven naar bestaanszekerheid van burgers dat de sociale zekerheid kenmerkte en als normatief element in de sociale zekerheid was te onderkennen – vergelijk hetgeen wordt opgemerkt op p. 83 van het preadvies van Noordam en Van der Heijden – wordt aldus als primair doel verdrongen door het oliën van de arbeidsmarkt en het versterken van het draagvlak van de economie. Deze switch van inkomensbescherming naar primair economische belangen is zo fundamenteel, dat zij eerder door een van ons in 2005 in een bijdrage aan het *Sociaal Maandblad Arbeid* werd aangemerkt als een paradigmawisseling.⁴

De paradigmawisseling heeft in de eerste plaats gevolgen voor de Werkloosheidswet (WW). In de memorie van toelichting bij wetsvoorstel 30 370 tot wijziging van het WW-stelsel wordt de opvatting dat de WW de dynamiek op de arbeidsmarkt dient te bevorderen uitdrukkelijk onderschreven.⁵ Zij komt onder meer tot uitdrukking in een versoepeling van het begrip ‘verwijtbare werkloosheid’, als gevolg waarvan de werknemer niet gehouden is zich te verweren tegen een ontslaginitiatief van de werkgever, ook niet als aannemelijk is dat dat slaagt. Hierna zullen we daar uitgebreider bij stilstaan.

De paradigmawisseling werkt echter algemener door. Recent zijn bijvoorbeeld plannen ontvouwd met betrekking tot wijziging van de kring van verzekerden van de werknemersverzekeringen.⁶ In de SER-adviesaanvraag stelt het kabinet voor een algemene ondergrens voor de verzekeringsplicht van werknemersverzekeringen (en in verband met de loondoorbetalingsplicht bij ziekte) in te voeren. Na opgemerkt te hebben dat het wegvallen van inkomen dat afkomstig was uit arbeid van bijkomstige of incidentele aard niet tot bestaansonzekerheid leidt, schenkt de adviesaanvraag aandacht aan het effect van verzekering in geval van kleine dienstbetrekkingen op de arbeidsvraag aan de onderkant van de arbeids-

3 TK 2004/05, 29 804, nr. 1.

4 I.P. Asscher-Vonk, ‘Kwaliteit of kwantiteit, de voorstellen met betrekking tot de WW’, *SMA* 2005, p. 426-435.

5 TK 2005/06, 30 370, nr. 3, p. 3.

6 Adviesaanvraag aan de SER, Brief van 22 december 2005, SV/F&W/05/104727.

markt. Het kabinet acht die invloed negatief omdat de arbeidskosten stijgen en concludeert dan ook dat een verplichte verzekering voor kleine arbeidsrelaties strijdig is met de doelstelling om de arbeidsparticipatie te bevorderen. Deze argumenten worden door het kabinet principiële argumenten genoemd. We kunnen derhalve constateren dat deze kabinetsvoornemens, althans die betrekking hebben op ‘kleine arbeidsrelaties’, passen in de nieuwe doelstelling die met werknemersverzekeringen wordt nagestreefd.

Ook in de memorie van toelichting bij de WIA klinken de gewijzigde opvattingen door. De WIA wordt daarin omschreven als in lijn met de Wet verbetering poortwachter en de Wet verlenging loondoorbetalingsverplichting bij ziekte 2003:

‘Alle zijn pogingen om de activerende werking van de maatregelen te vergroten. Dat is nodig, omdat activering van arbeidsgeschiktheid van belang is voor mensen met arbeidsbeperkingen. Zij zijn erbij gebaat als het accent wordt gelegd op wat zij nog wel kunnen in plaats van wat zij niet kunnen. Het is bovendien van belang voor de samenleving als geheel en voor de economie. De samenleving is gebaat bij een optimale inschakeling van de arbeidsgeschiktheid in het arbeidsproces (...) Een optimale inschakeling van de potentiële beroepsbevolking in het arbeidsproces wint nog aan belang in het licht van de vergrijzing. Om de gevolgen van die vergrijzing op te vangen is een grotere inzet nodig van de potentiële beroepsbevolking. De regering wil dit bereiken door van iedereen participatie te vragen naar arbeidsvermogen.’⁷

Ook hier wordt – anders dan bij de totstandkoming van de WAO, toen met name op de individuele persoon gerichte, sociale doeleinden werden aangevoerd⁸ – een macro-economisch argument gegeven voor de nieuwe regeling. Het gaat niet om de participatie als positief iets voor de arbeidsongeschikte, maar juist ook om het belang daarvan voor de economie.

Bij deze paradigmawisseling dringen zich een paar vragen op. In de eerste plaats de vraag of, ook gezien deze actuele ontwikkelingen, sociale zekerheid als beleidsdoelstelling tussen de andere beleidsdoelstellingen wel voldoende zichtbaar is. Deze vraag werd ook al in het genoemde preadvies voor de NJV door Van der Heijden en Noordam (zie pagina 51) opgeworpen. We moeten constateren dat in recente stukken niet meer de opvatting wordt uitgedragen dat de publieke collectiviteit haar leden bescherming behoort te bieden tegen risico’s van het (arbeids)leven. Het ziet ernaaruit dat een aspect van sociale zekerheid – het bieden van zekerheid aan individuen – onderbelicht raakt. Dat is zorgwekkend, omdat de opvatting dat de collectiviteit haar leden bescherming behoort te bieden tegen bepaalde risico’s internationaal aanvaard is. Deze problematiek – hoe prangend ook – laten wij voor deze bijdrage rusten. Aan de orde is hier een

7 TK 2004/05, 30 034, nr. 3 p. 4.

andere vraag die opkomt in verband met de paradigmawisseling. Die vraag is of de wetgever consequent is in het volgen van de gekozen richting, of de ingezette operaties leiden tot een consistent stelsel.

In het navolgende zullen we deze vraag bespreken aan de hand van de door de wet verlangde opstelling van de werkgever tegenover een ontslaginitiatief van de werkgever. Deze problematiek is in de eerste plaats van belang voor het geldend maken van het recht op WW-uitkering. Echter, ook in het kader van de WIA en de Ziektewet (ZW) leidt het achterwege laten van verweer tot het opleggen van een maatregel. Klinkt de gewijzigde visie op de sociale zekerheid ook in die andere wetten door?

6.3 Verweer tegen ontslag

WW

Een van de belangrijkste onderdelen van de huidige voorstellen tot wijziging van de WW is de aanpassing van de definitie van het begrip verwijtbare werkloosheid. Sinds de Wet boeten, maatregelen en terug- en invordering sociale zekerheid (Wet Boeten), in werking getreden per 1 augustus 1996, omvat dat begrip ook de situatie waarin de werknemer onnodig actief of passief meewerkt aan de beëindiging van de dienstbetrekking door de werkgever. Wie zich onvoldoende verweert tegen een ontslaginitiatief van de werkgever wacht sindsdien in beginsel een blijvende, gehele weigering van de uitkering, tenzij de werknemer zijn gedraging niet in overwegende mate kan worden verweten. In dat geval weigert de UWV de uitkering over een periode van (maximaal) 26 weken gedeeltelijk door het uitkeringspercentage te verlagen van 70% naar 35% (art. 27, eerste lid, WW). Vóór de invoering van de Wet Boeten werd het onvoldoende verweer voeren tegen ontslag niet als verwijtbare werkloosheid aangemerkt, maar als een benadelingshandeling in de zin van (destijds) art. 25 sub b WW (thans art. 24, zesde lid, WW), met een op de ernst van de gedraging en de mate van verwijtbaarheid afgestemde sanctie.⁹

Per 1 oktober 2006 zal in art. 24, zesde lid, WW uitdrukkelijk worden neergelegd dat het niet voeren van verweer door de werknemer of het instemmen van de werknemer met een beëindiging van de dienstbetrekking door of op verzoek van

8 Zie met name de memorie van toelichting waarin wordt aangesloten bij de gedachte van het voldoende levensloon, en waarin vervolgens wordt opgemerkt: 'De meer oorspronkelijke beginselen, waarom het bij de verplichte sociale verzekering gaat, zijn dan ook naar het oordeel van de ondergetekende in de eerste plaats het recht van iedere mens op zelfontplooiing en in de tweede plaats het recht op gelijke kansen' (TK 1962/63, 7171, nr. 3, p. 9).

9 Zie nader daarover J. Riphagen, *Ontslag en het recht op WW-uitkering*, Deventer: Kluwer 1985; J.J.A. Kooijman, 'Werkloosheidswet en verweer tegen ontslag', in: Y. Buruma e.a., *Recht door de eeuwen*, Deventer: Kluwer 1998, p. 183-197; R.L. van Heusden, *Beëindigingsovereenkomsten en het recht op WW-uitkering*, Deventer: Kluwer 2006, p. 401-494.

de werkgever, niet leidt tot verwijtbare werkloosheid, noch een benadelingshandeling vormt.¹⁰ In dit onderdeel van het wetsvoorstel komt de paradigmawisseling wellicht het duidelijkst tot uitdrukking. Het is met name bedoeld om een versoepeling van de ontslagpraktijk te bewerkstelligen. Als tussen partijen overeenstemming bestaat over de beëindiging van hun arbeidsovereenkomst, dienen de WW en het ontslagrecht daarvoor, naar het oordeel van de regering, geen onnodige belemmeringen op te werpen.¹¹

WIA

Het al dan niet voeren van verweer kan ook van belang zijn in het kader van de WIA. De verplichtingen gericht op arbeidsinschakeling die rusten op degene die een beroep doet op de in de WIA opgenomen regeling Werkhervatting gedeeltelijk arbeidsgeschikten (WGA), zijn voor een belangrijk deel afgeleid van de WW. Dat geldt ook voor een aantal andere elementen van de WW, zoals de wekeneis, de opbouw van arbeidsverleden en de koppeling van de duur van het arbeidsverleden aan de duur van de loongerelateerde uitkering. Dat is niet verwonderlijk. In de loongerelateerde uitkering van de WGA is de werkloosheidsuitkering voor gedeeltelijk arbeidsgeschikte werknemers ondergebracht.

Art. 30, derde lid, van de WIA verplicht de verzekerde die recht heeft op een loongerelateerde WGA-uitkering, zich in al zijn gedragingen te richten ‘op het voorkomen van verwijtbaar verlies van passende arbeid’. Indien de verzekerde deze verplichting niet of niet behoorlijk nakomt, zal de UWV op grond van art. 88, eerste lid, onderdeel a, jo. art. 90 WIA overgaan tot een gehele of gedeeltelijke, blijvende of tijdelijke weigering van de uitkering. Het Maatregelenbesluit UWV merkt deze verplichting aan als een verplichting van de vijfde categorie. Ingevolge art. 7 van het besluit bedraagt de hoogte en duur van de maatregel bij schending van deze verplichting een weigering van dat deel van de uitkering dat niet tot uitbetaling zou zijn gekomen indien de verzekerde zich wel conform de verplichting zou hebben gedragen. Verder is voor ons onderwerp ook art. 88, eerste lid, onder d, WIA van belang. Deze bepaling betreft de periode van de verlengde loondoorbetalingsplicht bij tekortschietende re-integratie-inspanningen van de werkgever. Zij wordt later in deze bijdrage aan de orde gesteld.

Verwijtbaar verlies van passende arbeid in de zin van art. 30, derde lid, WIA kan zich volgens de memorie van toelichting onder meer voordoen als een werknemer de werkgever een dringende reden geeft om het dienstverband met onmiddellijke ingang te beëindigen, bijvoorbeeld in geval van diefstal of mishandeling van de werkgever door de werknemer. Van verwijtbaar verlies van passende arbeid is verder sprake indien de werknemer zelf ontslag neemt zonder dat aan voortzetting van de dienstbetrekking zodanige bezwaren verbonden zijn dat voortzetting rede-

10 Zie daarover onder meer: R.M. Beltzer, ‘Over een opmerkelijk WW-plan’, *SMA* 2005, p. 59-60, G.J.J. Heerma van Voss, ‘Afscheid van het formeel verweer’, *SR* 2005, p. 85-86, en G.C. Boot, ‘Het einde van de grote leugen’, *NJB* 2006, p. 1103-1107.

11 TK 2005/06, 30 370, nr. 3, p. 7 en 24-27.

lijkerwijs niet van hem zou kunnen worden gevergd.¹² Of ook het onvoldoende verweren tegen ontslag onder art. 30, derde lid, WIA valt, wordt uit de totstandkomingsgeschiedenis van de WIA niet duidelijk. De formulering van art. 30, derde lid, WIA, waarin zowel elementen van art. 24, eerste lid, onderdeel b, ten derde, als art. 24, tweede lid, WW zijn te onderkennen, biedt daarvoor wel voldoende ruimte.¹³ Deze interpretatie strookt bovendien met de bedoeling van de wetgever om in de WIA voor de loongerelateerde WGA-uitkering een regime te creëren dat vergelijkbaar is met de WW.

Gelet op de gewenste conformiteit van beide regelingen is de regering voornemens de wijzigingen die per 1 oktober 2006 in de WW worden doorgevoerd ook in de WIA door te voeren.¹⁴ Art. 30, derde lid, WIA zal in overeenstemming worden gebracht met het nieuwe art. 24, tweede lid, WW en aan het artikel in de WIA zal een nieuw vijfde lid worden toegevoegd. Dit nieuwe artikellid verklaart expliciet dat ‘het niet voeren van verweer tegen of het instemmen met een beëindiging door of op verzoek van de werkgever’ door een verzekerde die recht heeft op een loongerelateerde WGA-uitkering geen maatregelwaardige gedraging oplevert.

Ziektewet

Ook in de ZW kan het niet voeren van verweer tegen ontslag consequenties hebben voor het geldend maken van het recht op uitkering. Dit volgt uit art. 45, eerste lid, onderdeel j, ZW. Op grond van deze bepaling is de UWV bevoegd de uitkering van ziekengeld geheel of gedeeltelijk te weigeren indien de verzekerde door zijn doen of laten de werkloosheidsfondsen benadeelt of zou kunnen benadelen. De bepaling werd opgenomen bij de Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte (Wulbz) per 1 maart 1996.¹⁵ Voor de redactie van de bepaling werd destijds bewust aangesloten bij de WW.¹⁶ In de memorie van toelichting bij de Wulbz is de bepaling als volgt toegelicht:

‘Het nieuwe onderdeel (...) geeft de bedrijfsvereniging de mogelijkheid om ziekengeld te weigeren bij arbeidsrechtelijke benadeling van het AWF of het wachtgeldfonds. Van benadeling is sprake indien de zieke werknemer zijn recht op loondoorbetaling prijsgeeft, en daardoor de loondoorbetalingslast wordt afgewenteld op de bedrijfsvereniging. Een voorbeeld is de situatie waarin de werknemer vrijwillig instemt met de beëindiging van zijn dienstbetrekking binnen het tijdvak van 52 weken. Er bestaat dan geen recht meer op loon, zodat in beginsel zieken-

12 TK 2004/05, 30 034, nr. 3, p. 166-168.

13 B. Barentsen, *Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA)*, Actualiteiten Sociaal Recht, deel 22, Deventer: Kluwer, 2006, p. 102.

14 TK 2005/06, 30 370, nr. 3, p. 18; EK 2005/06, 30 370, E, p. 10.

15 Wet van 8 februari 1996, *Stb.* 134.

16 TK 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 72.

geld zou moeten worden uitgekeerd (art. 29, tweede lid, onderdeel d). Een ander voorbeeld betreft de situatie waarin de werknemer berust in een tijdens ziekte gegeven ontslag op staande voet waarvoor geen dringende reden is. De werknemer dient in dat geval de nietigheid van het ontslag in te roepen, en doorbetaling van loon te vorderen. Laat hij dit na, dan pleegt hij een benadelingshandeling. Een werkgever kan ook trachten zich aan zijn loondoorbetalingsplicht te onttrekken door de rechter om ontbinding van de arbeidsovereenkomst te verzoeken. Van een werknemer mag dan worden verlangd dat hij zich in een ontbindingsprocedure daadwerkelijk verweert, en niet alleen formeel.

Met de privatisering van de Ziektewet is deze wet omgevormd tot vangnetvoorziening. Dit betekent dat de wettelijke ziektegeldverzekering in beginsel is teruggetreden, namelijk voorzover de werknemer in dienstbetrekking staat tot een werkgever die gehouden is het loon door te betalen. Hiermee is uitdrukkelijk beoogd deze sociale kosten bij de werkgever te leggen. De zieke werknemer op zijn beurt heeft een sterke arbeidsrechtelijke positie; tijdens ziekte geldt een wettelijk opzegverbod. Van de werknemer mag dan ook worden verlangd dat hij niet actief of passief meewerkt aan de beëindiging van zijn dienstbetrekking. Doet hij dit wel, dan kan de bedrijfsvereniging ziektegeld weigeren.¹⁷

Het Maatregelenbesluit UWV¹⁸ merkt de verplichting zich te onthouden van een benadelingshandeling in het kader van de ZW aan als een verplichting van de vijfde categorie. Voor de bepaling van de hoogte en duur van de maatregel maakt het besluit onderscheid. Benadeling door het doen van afstand van loonaanspraken tijdens de dienstbetrekking en de instemming met of berusting in een eindiging van de dienstbetrekking dan wel in een eindiging van de dienstbetrekking die bij het sluiten van de overeenkomst was overeengekomen, dient ingevolge het besluit in beginsel te leiden tot een gehele weigering van de uitkering voor de duur dat de verzekerde aanspraak op loon zou hebben kunnen doen gelden, dan wel de dienstbetrekking zou hebben kunnen laten voortduren (art. 7, eerste lid, onderdeel b, Maatregelenbesluit). Andere benadelingshandelingen dienen te leiden tot een weigering die afhankelijk van de ernst van de gedraging of nalatigheid van de verzekerde 20% gedurende 16 weken, 30% gedurende 26 weken of de gehele uitkering over de volledige of resterende uitkeringsduur bedraagt (art. 7, eerste lid, onderdeel d, Maatregelenbesluit).

Opvallend is dat de beperking van de verwijtbaarheidstoets in de WW niet zal doorwerken in de ZW. Het is uitdrukkelijk niet de bedoeling dat het instemmen met of het niet verwerpen tegen een beëindiging van de dienstbetrekking door de zieke werknemer niet langer kan worden bestraft in de periode dat hij recht heeft

17 TK 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 71-72.

18 Besluit Tica van 6 juni 1996, *Stcrt.* 141; zie ook Besluit UWV 9 augustus 2004, *Stcrt.* 163.

op doorbetaling van loon tijdens ziekte. Een andere benadering zou er volgens de regering toe kunnen leiden dat het relatief eenvoudig wordt om de verplichting van de werkgever tot loonbetaling bij ziekte en de re-integratie-inspanningen die daarbij horen, te ontlopen.¹⁹ Om te voorkomen dat voor de invulling van het begrip benadeling als bedoeld in art. 45, eerste lid, onderdeel j, ZW aansluiting wordt gezocht bij het nieuwe art. 24, zesde lid, WW en om te verduidelijken dat onder dat begrip ook na invoering van de Wet wijziging WW-stelsel wel degelijk mede de situatie wordt verstaan dat de verzekerde zonder deugdelijke grond heeft nagelaten verweer te voeren tegen, of heeft ingestemd met, een beëindiging van de dienstbetrekking in de periode, bedoeld in art. 29, eerste lid, zal aan art. 45 ZW een zevende lid worden toegevoegd waarin dit uitdrukkelijk is neergelegd.

Verlengde loondoorbetalingsplicht

Ingevolge art. 88, eerste lid, onder d, WIA weigert de UWV een uitkering op grond van de WIA geheel of gedeeltelijk, tijdelijk of blijvend indien de verzekerde tijdens het tijdvak bedoeld in art. 25, negende lid, zonder deugdelijke grond heeft nagelaten verweer te voeren tegen of heeft ingestemd met een beëindiging van de dienstbetrekking. Art. 25, negende lid, WIA betreft de verlenging van het tijdvak gedurende welke de werkgever gehouden is het loon tijdens ziekte door te betalen als gevolg van het niet of niet behoorlijk nakomen van de re-integratieverplichtingen van de werkgever. In de memorie van toelichting wordt de invoering van deze bepaling als volgt toegelicht:

‘In de periode van loondoorbetaling bij ziekte zijn werkgever en werknemer gezamenlijk verantwoordelijk voor de reïntegratie. Na afloop van deze periode toetst het UWV of de werkgever en de werknemer in redelijkheid hebben kunnen komen tot de reïntegratie-inspanningen die zij hebben verricht. Indien de werkgever onvoldoende reïntegratie-inspanningen heeft verricht, stelt het UWV een termijn vast waarmee de loondoorbetalingsverplichting wordt verlengd (de loonsanctie). Als de dienstbetrekking tussen werkgever en werknemer in deze periode wordt beëindigd en de werknemer daaraan heeft meegewerkt, zou dit consequenties voor de uitkering van betrokkene dienen te hebben. Immers het tijdvak van de verlengde loondoorbetalingsplicht is bedoeld om de werkgever alsnog aan zijn reïntegratie-inspanningen te laten voldoen. De werknemer zal evenals in de oorspronkelijke periode van loondoorbetaling hieraan dienen mee te werken. Daarmee wordt recht gedaan aan de reïntegratieverantwoordelijkheid van werkgever en werknemer en worden zij optimaal gestimuleerd gebruik te maken van de reïntegratiemogelijkheden die er zijn. Indien een dienstbetrekking wordt beëindigd zonder verweer dan wel met goedvinden van de werknemer, worden reïntegratieverplichtingen en -mogelijkheden prijsgegeven. Dit is niet wenselijk.

19 TK 2005/06, 30 370, nr. 3, p. 66.

Daarom wordt thans voorgesteld het UWV bij aanvraag van de WIA-uitkering die aanvangt in de periode waarin de loonsanctie van toepassing is, te laten toetsen of de beëindiging van de dienstbetrekking aan de werknemer kan worden toegerekend en dus tot het opleggen van een maatregel moet leiden. Dit leidt tot een consistent beleid en sluit aan bij het WW-regime dat geldt voor degenen die minder dan 35% arbeidsongeschikt zijn en na afloop van de loondoorbetalingsperiode een WW-uitkering ontvangen. In de WW is het immers zo dat de werknemer verwijtbaar werkloos wordt indien hij meewerkt aan beëindiging van de dienstbetrekking terwijl voortzetting van de dienstbetrekking van hem kon worden gevergd. In die situatie kan dus aan degenen die minder dan 35% arbeidsongeschikt zijn een maatregel op grond van de WW worden opgelegd.²⁰

Dat laatste argument heeft na wijziging van het WW-stelsel per 1 oktober 2006 geen waarde meer. Toch zal art. 88, eerste lid, onderdeel d, WIA niet worden gewijzigd. De memorie van toelichting bij het voorstel Aanpassings- en verzamelwet WIA rechtvaardigt de uitzondering met het argument dat voorkomen moet worden dat partijen bij de arbeidsovereenkomst niet de mogelijkheid moet worden geboden om – zonder consequenties voor de WW-uitkering – de loonsanctie ineffectief te maken.²¹

6.4 Gerechtvaardigde verschillen?

Wij stellen vast dat de doelstelling van versoepelen van de ontslagprocedures, met het oog op het oliën van de arbeidsmarkt, leidt tot verlichting van de verplichtingen op grond van de WW en de WIA, maar niet tot verlichting van de verplichtingen gedurende de (verlengde) loondoorbetalingsperiode bij arbeidsongeschiktheid wegens ziekte. Immers, na invoering van de Wet wijziging WW-stelsel per 1 oktober 2006 is de werknemer die aanspraak maakt op een WW-, een IVA- of WGA-uitkering, niet (langer) verplicht zich te verweren tegen een ontslaginitiatief van de werkgever, zelfs niet wanneer dit verweer kansrijk moet worden geacht. Gedurende de eerste twee ziektejaren en het verlengde loondoorbetalingstijdvak is de werknemer daartoe wel gehouden op straffe van een maatregel. Dat verschil roept vragen op. Aan de ene kant zou het voor de hand liggen in de ZW en WIA een vergelijkbaar regime te hanteren. Het gaat immers in beide gevallen om arbeidsongeschiktheid, en in de periode van de verlengde loondoorbetaling gaat het zeker niet om kortdurende arbeidsongeschiktheid vanwaar terugkeer in de eigen arbeid op korte termijn te verwachten is. Aan de andere kant kan men zich afvragen of met de onverkorte doorwerking van de gewijzigde WW-bepalingen in de WIA wel voldoende rekening gehouden wordt met de verschillen in het karak-

²⁰ TK 2005/06, 30 318, nr. 3, p. 16-17.

²¹ TK 2005/06, 30 318, nr. 3, p. 17.

ter van de werkloosheids- c.q. de arbeidsongeschiktheidswetten. Volgens de verantwoordelijke bewindsman is een en ander goed te motiveren. In de nadere memorie van antwoord aan de Eerste Kamer schrijft hij:

‘De motivering is als volgt. Uit de Wet verbetering poortwachter vloeit voort dat een werkgever en werknemer in de eerste twee jaar van ziekte beide al het redelijkerwijs mogelijke moeten doen aan verzuimbegeleiding en reïntegratie. De zieke werknemer moet het werk waar mogelijk weer hervatten en niet afhankelijk worden van een uitkering. In lijn hiermee geldt de eerste twee jaar van ziekte een opzegverbod. In het algemeen biedt reïntegratie bij de eigen werkgever de beste mogelijkheden tot werkhervatting.

Het is van belang dat dit beleid niet wordt doorkruist. Met de voorgestelde beperking van de verwijtbaarheidstoets van de WW wordt dus niet beoogd om de toets op benadeling in de ZW te beperken. Daarvoor is de voorgestelde regeling noodzakelijk. Voorkomen moet worden dat de reïntegratie-inspanningen van de werkgever en de werknemer en de ontslagbescherming bij ziekte worden uitgehold. Het nalaten verweer te voeren of het instemmen met ontslag door een zieke werknemer vergt derhalve een grondige toetsing, en, ingeval daarvoor geen deugdelijke grond bestaat, een sanctie. De voorgestelde regeling voorziet hierin en spreekt de werknemer aan om niet zonder meer in te stemmen met ontslag bij ziekte.’²²

Dit betekent dat de doelstelling van het binden van de werkgever aan zijn verplichtingen jegens de arbeidsongeschikte werknemer gedurende de eerste twee jaren van arbeidsongeschiktheid – ook als re-integratie is uitgesloten – en de verlengde loondoorbetalingsperiode belangrijker worden geacht dan het algemene, bij de paradigmawisseling behorende doel dat na een zekere tijd – waarin re-integratie kennelijk niet geslaagd is – bevorderd moet worden, althans niet verhinderd mag worden, dat de werknemer zijn geluk elders zoekt en dat, wanneer hij zich niet verzet tegen verbreking van de arbeidsrelatie, hem uit dien hoofde niets verweten mag worden. Voorkomen dat de loondoorbetalingsverplichting gedurende de eerste periode van arbeidsongeschiktheid op de collectieve kassen wordt afgewenteld, weegt in de visie van de regering voor deze categorie klaarblijkelijk zwaarder dan het belang van de onderneming bij een soepele aanpassing van de factor arbeid. Maar zou dat dan voor andere, zwakke groepen op de arbeidsmarkt niet evenzeer moeten gelden? Waarom wordt oudere werknemers met weinig uitzicht op een andere baan of werknemers met een WGA-uitkering die nog wel binnen het bedrijf van hun werkgever zouden kunnen re-integreren, wel ongestoord toegang tot de werkloosheids- en arbeidsongeschiktheidskassen geboden? Een nadere motivering waarin dan aan deze inconsistentie aandacht wordt besteed, is vereist.

22 EK 2005/06, 30 370, E, p. 17.

6.5 Tot slot

Hierboven is aangegeven dat vanaf 2004 een wisseling van paradigma wat betreft de werknemersverzekeringen te constateren is. De paradigmawisseling kan worden omschreven als meer nadruk op de economische functie van de sociale zekerheid – men zou zelfs kunnen spreken van een sociale zekerheid die dienend is aan het voor de economie nodige functioneren van de arbeidsmarkt.

Met betrekking tot deze ontwikkeling laten zich verschillende vragen stellen. Deze bijdrage bood niet de gelegenheid in te gaan op de vraag in hoeverre deze richting zich verdraagt met internationaal aanvaarde opvattingen over de bescherming die de collectiviteit haar leden behoort te bieden tegen de risico's van het (arbeids)leven. In deze bijdrage is de aandacht gericht op de vraag in hoeverre de voorstellen die als uitvloeisel van de paradigmawisseling zijn gedaan consistent zijn. Ons onderzoek leidt tot de volgende constatering.

De paradigmawisseling geeft aanleiding tot wijzigingen en voorstellen op het gebied van voorwaarden voor uitkering en kring van verzekerden. Door de nieuwe ontwikkelingen dreigt een zekere inconsistentie te ontstaan. Nu het vooropstellen van de nieuwe doelstelling algemeen lijkt te zijn, vereist dat een doordenken van de aansluiting tussen doelstelling en uitwerking op de verschillende aspecten van de sociale zekerheid (risico, kring van verzekerden, uitkering, voorwaarden, uitvoering, financiering) in alle (ook de reeds bestaande) arbeidsmarktgerelateerde verzekeringen, zoals de ZW, en de regeling voor de verlengde loondoorbetalingsperiode. Werk aan de winkel voor juristen – in wetgeving, wetenschap en rechtspraak – die zich met sociale zekerheid bezighouden. Noordams voorbeeld van kritische beschouwing zal daarbij lichtend zijn.

DEEL III

BEGINSELEN

Eigendomsbescherming in de sociale zekerheid

Frans Pennings

7.1 Algemeen

De sociale zekerheid is al decennia aan belangrijke veranderingen onderhevig. Meestal betreffen deze veranderingen verslechtingen in de uitkeringsvoorwaarden. Vaak rijst dan de vraag of de betreffende maatregel wel mogelijk is als deze personen betreft die al recht hebben op uitkering. Sinds 1986 zijn de maatregelen steeds ingrijpender geworden en daarmee is de vraag nog actueler geworden. Vandaar deze kroniek van de bescherming van het eigendomsrecht in de sociale zekerheid. In deze discussie heeft de rol van art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM een belangrijke ontwikkeling doorgemaakt. Dit artikel, dat bepalingen geeft omtrent eigendomsbescherming, is immers door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) ook van toepassing verklaard op socialezekerheidsuitkeringen. Daarmee is een nieuw toetsingskader ontwikkeld voor ingrepen in de sociale zekerheid.

Ik zal eerst ingaan op de *roots* van het idee van eigendomsbescherming in de sociale zekerheid (paragraaf 7.2). In paragraaf 7.3 zal ik de ontwikkeling in de jurisprudentie van het EHRM vermelden ten aanzien van de vraag welke soorten uitkeringen onderworpen zijn aan de eigendomsbescherming. In paragraaf 7.4 komt de toets aan de eigendomsbescherming aan de orde, waarbij ik zowel in zal gaan op de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep als op de jurisprudentie van het EHRM. Paragraaf 7.5 ten slotte, probeert de conclusies uit het voorgaande te trekken en een blik op de toekomst te werpen.

7.2 Eigendomsbescherming en sociale zekerheid – de Duitse benadering

Eigendom kent in de Duitse Grondwet bescherming in art. 14. Weliswaar kennen andere landen – waaronder Nederland – ook grondwettelijke eigendomsbescherming, maar het bijzondere van de Duitse bepaling is dat deze voorwerp is van toetsing door het Duitse Constitutionele Hof. Een dergelijke toetsing blijkt tot ver-

nieuwende interpretaties te kunnen leiden; een belangrijk voorbeeld hiervan is dat het Constitutionele Hof oordeelde dat de eigendomsbescherming ook betrekking heeft op socialezekerheidsrechten.¹ Voor de bescherming van socialezekerheidsuitkeringen stelt het Constitutionele Hof als voorwaarde dat de uitkering als bestaansmiddel dient en de verzekerden een aanzienlijk eigen aandeel in de financiering hebben.² Aan deze eis is ook voldaan als het de werkgever is die de premies betaalt. Beschermenswaardig op grond van de eigendomsbescherming zijn niet alleen perioden van premiebetaling, maar ook premievrije perioden, indien die onder de wettelijke voorwaarden meetellen voor de berekening van de hoogte van de uitkering. Als aan deze voorwaarden is voldaan, dan worden betrokkenen op basis van dit artikel beschermd tegen al te grote aantastingen van hun uitkeringspositie.³

Eigendomsbescherming sluit ingrepen in het stelsel niet uit. Wel dienen ingrepen die uitkeringsrechten aantasten die op grond van art. 14 beschermd zijn in het algemeen belang te zijn, geschikt voor het nagestreefde doel en noodzakelijk. Ze moeten betrokkenen niet overmatig belasten en ze moeten passend zijn. Niet ieder openbaar belang is voldoende; een gelegitimeerde grond voor een ingreep is dat de functie en uitkeringsgrondslag van het stelsel in het belang van allen behouden, verbeterd of aangepast moet worden aan de veranderde economische omstandigheden.

De zwaarte van de reden om de regeling te wijzigen moet in evenredige verhouding staan tot de ingreep in een individuele situatie. Deze evenredigheidstoets krijgt een uitwerking in een bescherming in niveaus: daarom is van belang of de maatregel plaatsheeft na het intreden van het risico, nadat aan de referte-eis voldaan is, of tijdens de vervulling van de referte-eis. Ingrenen in uitkeringsrechten *nadat* het risico is ingetreden zijn slechts mogelijk als er zeer zwaarwegende algemene belangen of dominante gronden van verdelende rechtvaardigheid aanwezig zijn. Als het risico nog niet ingetreden is, geldt minder bescherming.

De evenredigheidstoets is dus van groot belang ter uitwerking van de bescherming. Stel dat bijvoorbeeld de pensioenleeftijd moet worden verhoogd, dan dienen, om aan de eisen van de evenredigheidstoets te voldoen, overgangsregelingen per jaargang verzekerden te worden gemaakt. Bijvoorbeeld: degenen geboren in 1950, bereiken met 65 jaar en 2 maanden de pensioengerechtigde leeftijd, zij die geboren zijn in 1951 pas als ze 65 jaar en 3 maanden zijn, etc. Deze benadering biedt derhalve meer ruimte voor ingrepen naarmate betrokkene verder van de concrete aanspraak af is.

1 Zie voor een overzicht M. Wallerath, 'Rentenversicherung und Verfassungsrecht', in: F. Ruland (red.), *Handbuch der gesetzlichen Rentenversicherung*, Neuwied, 1990, p. 317 e.v.

2 BVerfGE 53, 257, 289. De bescherming is hiermee dus gedefinieerd met betrekking tot verzekeringsperioden, en niet tot het verzamelde kapitaal van de verzekering (dat is er ook nauwelijks).

3 Zie bij bescherming tegen een onverhoedse verandering van referte-eisen in de werkloosheidsverzekering BVerfG 12 februari 1986, 1 BvL 39/83, Sozr 4100 § 104 no 13.

7.3 De materiële werkingssfeer van de eigendomsbescherming volgens het EHRM

Na dit uitstapje naar onze burens, wil ik nu ingaan op rol van het EVRM, dat immers, anders dan onder het Duitse recht, directe werking heeft in onze rechtsorde. De eigendomsbescherming is geregeld in art. 1 van het Eerste Protocol. Dit luidt:

‘Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van het internationaal recht. De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan dat een Staat heeft om die wetten toe te passen die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren.’⁴

Het EHRM heeft de eigendomsbescherming bij socialezekerheidsaanspraken voor het eerst erkend in het *Gaygusuz*-arrest.⁵ Dit arrest was een omslag in de benadering van ‘Straatsburg’: de Commissie voor de Rechten van de Mens had namelijk in eerdere uitspraken geoordeeld dat de AWW en de AOW niet onder de bescherming van het eigendomsrecht van het Eerste Protocol vallen, omdat ze gefinancierd worden door middel van een omslagstelsel.⁶ Er is daarom geen relatie tussen de betaalde premies en de uitkeringen in die zin, dat de premies die door de verzekerde betaald zijn, opgeteld worden om zijn pensioenrechten te betalen. De verzekerde heeft dan ook geen identificeerbaar deel in het pensioenfonds. In de betreffende zaken ging het om de regel dat ongehuwde en gescheiden vrouwen AWW-premies moesten betalen, ook al hadden ze daar geen profijt van. Daarnaast was de klacht dat gehuwden beter af zijn dan ongehuwden in verband met de berekening van AOW-premies voor gehuwden (het inkomen van de vrouw werd bij dat van de man geteld en premie werd alleen tot een bepaalde inkomensgrens geheven). Vervroeging van de AOW-leeftijd is daarom redelijk ter

4 *Trb.* 1952, nr. 80.

5 EHRM 16 september 1996, nr. 39/1995/545/631, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV, ook in AB 1997/179. Zie over de consequenties van dit arrest ook de artikelen in S. van den Bogaerd (red.), *Social Security, Non-discrimination and Property*, Antwerpen, 1997; H. Verschueren, ‘EC Social Security Coordination Excluding Third-Country Nationals: Still in Line with Fundamental Rights after the *Gaygusuz* Judgement’, *CMLRev* 1997, p. 991; F. Pennings, ‘Een nieuwe mogelijkheid om ongelijke behandeling te bestrijden in de sociale zekerheid: de gevolgen van het *Gaygusuz*-arrest’, *SMA*, 1998, p. 5; F. Pennings, ‘The Potential Consequences of the *Gaygusuz* Judgment’, *European Journal of Social Security* 1999, p. 181.

6 ECRM zaak 4130/69, *X. tegen Nederland*, oordeel van 20 juli 1971, *Yearbook* XIV (1971), p. 224 en ECRM zaak 5673/72, *Mrs X tegen Nederland*, oordeel van 18 december 1973, *Yearbook* XVI (1973), p. 274.

compensatie van wat zij te veel hebben betaald, aldus de klaagsters. Ze kregen van de Commissie geen gelijk.

Ook de Centrale Raad van Beroep oordeelde dat socialezekerheidsrechten niet onder de bescherming van het Eerste Protocol vallen. De zaak betrof de wijziging van de voorwaarden van de AAW, bij de wet van 3 mei 1989, waarin ook een inkomenseis gesteld wordt aan mensen die al een uitkering hadden.⁷ De Centrale Raad van Beroep oordeelde dat het recht op AAW-uitkering niet kan worden beschouwd als eigendom in de zin van art. 1 Eerste Protocol.⁸

Het EHRM benaderde het vraagstuk van de eigendomsbescherming anders in het *Gaygusuz*-arrest. Het arrest betrof overigens niet de eigendomsbescherming als zodanig, maar een beroep op de discriminatiebepaling van art. 14 EVRM. Op art. 14 kan alleen een beroep worden gedaan met betrekking tot zaken die onder de werkingssfeer van het verdrag vallen. Art. 14 vult met andere woorden de andere bepalingen van het verdrag en de protocollen aan.⁹ Aangezien het Hof oordeelde dat de uitkering die in geschil was in het *Gaygusuz*-arrest onder de eigendomsbescherming van het verdrag viel, opende het de mogelijkheid een beroep te doen op art. 14 met betrekking tot de discriminerende bepaling die een beroep op deze uitkering verhinderde. De erkenning van de eigendomsbescherming is met andere woorden het toegangsbiljet tot de non-discriminatiebepaling.

In het arrest ging het om een Turk, woonachtig in Oostenrijk, die aldaar gewerkt had en vervolgens werkloos was geworden. Eerst ontving hij een werkloosheidsuitkering; toen het recht op deze uitkering geëxpireerd was, vroeg hij Oostenrijkse noodbijstand aan. Deze werd geweigerd, aangezien hij niet de Oostenrijkse nationaliteit had, terwijl dit een voorwaarde was voor deze uitkering.

Het Hof beargumenteerde zijn beslissing om de noodbijstand onder de eigendomsbescherming te laten vallen door erop te wijzen dat de noodbijstand werd betaald aan personen die hun recht op een werkloosheidsuitkering hadden uitgeput en die aan de andere wettelijke voorwaarden van de Werkloosheidswet hadden voldaan. Het recht op deze uitkering was daarom verbonden met het betalen van premies aan het werkloosheidsuitkeringenfonds, hetgeen een voorwaarde is voor de betaling van een werkloosheidsuitkering. Hieruit volgde dat er geen recht is op een noodbijstandsuitkering als dergelijke premies niet betaald zijn.

Het Hof overwoog voorts (overweging 41) dat de noodbijstand een op geld waardeerbaar recht is in de zin van art. 1 Eerste Protocol. Dit artikel is derhalve van toepassing zonder dat het noodzakelijk is om enkel te steunen op de band tussen

7 Vgl. CRvB 14 augustus 1996, AB 1996, 462.

8 In de zaak *Hoogendijk* – die dezelfde rechtsvraag betreft – zou het Hof later oordelen dat een toets aan art. 1 Eerste Protocol wel mogelijk is, maar het komt vervolgens tot de conclusie dat de ingreep wel geoorloofd is, EHRM 6 januari 2004, «USZ» 2005/161.

9 EHRM 18 juli 1994, *Karlheinz Schmidt tegen Duitsland*, Series A no. 291-B, p. 32, § 22.

de aanspraak op noodbijstand en de verplichting om ‘belastingen of andere heffingen’ te betalen.

Overweging 41 is wat eigenaardig, aangezien de aanhaling ‘belastingen of andere heffingen’ ook voorkomt in de laatste zin van art. 1 Eerste Protocol, welke toestaat om het eigendomsrecht aan te tasten om de betaling van belastingen of andere heffingen te verzekeren. In overweging 41 nu worden de ‘belastingen of andere heffingen’ vermeld als voorwaarde voor de uitkering. Deze redenering is niet goed te volgen. Wel is het Hof zeer royaal bij vaststelling dat aan de voorwaarde is voldaan.

Wat zijn nu precies de voorwaarden voor eigendomsbescherming van socialezekerheidsrechten? De tekst van art. 1 Eerste Protocol geeft zelf geen voorwaarden voor eigendomsbescherming van socialezekerheidsrechten. Overweging 41 sluit echter aan bij de door de Commissie eerder gehanteerde criteria (zie de eerste alinea van deze paragraaf) en ook bij de benadering in andere stelsels (zie paragraaf 7.2). Ze laat echter onduidelijkheid bestaan over de vraag wat nu precies de criteria zijn voor toepassing van de eigendomsbescherming, aangezien in overweging 41 ook naar belastingen wordt verwezen. Als belastingbetaling voldoende is, dan vallen alle publieke uitkeringen onder de eigendomsbescherming. Bovendien overwoog het Hof in het *Gaygusuz*-arrest dat het uiteindelijk niet eens nodig is dat de uitkering op belastingen of andere heffingen is gebaseerd. Ook uit de andere overwegingen in het *Gaygusuz*-arrest valt moeilijk af te leiden of en welke eisen er gelden voor premiebetaling. De band tussen premiebetaling en de noodbijstand is immers zeer indirect. Daarmee is moeilijk aan te geven waar de grenzen van de materiële werkingssfeer van de eigendomsbescherming liggen.

In latere uitspraken zullen de Commissie en het Hof niet op premiebetaling gebaseerde uitkeringen soms niet onder de eigendomsbescherming laten vallen,¹⁰ en soms wel.¹¹

In het *Stec*-arrest geeft het Hof onomwonden (overweging 46) toe dat het verwar-

10 Zie bijvoorbeeld *Szrabjet and Clarke tegen Verenigd Koninkrijk*, nrs. 27004/95 en 27011/95, beslissing van de Commissie van 23 oktober 1997; *Carlin tegen het Verenigd Koninkrijk*, nr. 27537/95, beslissing van de Commissie van 3 december 1997; *Coke en anderen tegen Verenigd Koninkrijk*, nr. 38696/97, beslissing van de Commissie van 9 september 1999; *Stawicki tegen Polen*, (beslissing), nr. 47711/99, 10 februari 2000; *Jankovic v. Kroatie* (beslissing), nr. 43440/98, 12 oktober 2000; *Kohls tegen Duitsland* (beslissing), nr. 72719/01, 13 november 2003; *Kjartan Asmundsson tegen IJsland*, no. 60669/00, arrest van 12 oktober 2004, dat overigens hierna nog aan de orde komt.

11 Zie *Buchen tegen de Tsjechische Republiek*, nr. 36541/97, § 46, 26 november 2002; *Koua Poirrez tegen Frankrijk*, nr. 40892/98, § 42, ECHR 2003-X; *Wessels-Bergervoet tegen Nederland*, nr. 34462/97, ECHR 2002-IV (het Hof vermeldt deze zaak in het *Stec*-arrest (zie hierna) als voorbeeld van een niet op premie gebaseerde uitkering; in deze zaak betrof het echter de AOW, die wel uit premies wordt gefinancierd, zij het dat niet iedere rechthebbende premie betaald hoeft te hebben); *Van den Bouwhuijsen and Schuring v. the Netherlands* (beslissing), nr. 44658/98, 16 december 2003.

ring heeft gezaaid.¹² Het stelt nu dat overweging 41 van het *Gaygusuz*-arrest ‘op de juiste wijze gelezen’ inhoudt dat het wettelijk recht op noodbijstand in deze zaak op zichzelf al een eigendomsrecht was in de zin van art. 1 Eerste Protocol en dat het niet noodzakelijk was om vast te stellen of het gebaseerd was op premies. Dit was een principiële en werkbare benadering, aldus het Hof.

Zo werkbaar was die benadering nu ook weer niet, want zowel de Commissie als het Hof hebben sinds het *Gaygusuz*-arrest tegenstrijdige interpretaties gegeven van de voorwaarden voor eigendomsbescherming (zie noten 10 en 11).

In het *Stec*-arrest vindt het Hof echter het onderscheid tussen op premie gebaseerde en niet op premie gebaseerde uitkeringen willekeurig en zonder enig zinvol beleidsdoel. Dit criterium zou immers inhouden dat het Hof zelf zich moet verdiepen in de details van het financieringsstelsel van iedere uitkering waarbij een beroep op art. 14 EVRM wordt gedaan.

Ook is er geen principiële reden voor een dergelijk onderscheid, aldus het Hof. In ieder geval vallen uitkeringen gebaseerd op premies onder art. 1 Eerste Protocol, maar dit geldt ook voor belastingen als daar uitkeringen van betaald worden. Als argument voert het Hof hiervoor aan dat er steeds wisselende wijzen van financiering van uitkeringen zijn, zodat het onderscheid premieplichtig/niet-premieplichtig wat kunstmatig is.

Een voorbeeld van de willekeurige wijze van financiering zien we, aldus het Hof, bij de regeling van beroepsongevallen in het Verenigd Koninkrijk, die eerst uit premies werd betaald en nu uit belastingen wordt gefinancierd.

In Nederland kennen we overigens ook een voorbeeld van een uitkering waarbij de financieringswijze in de loop der tijd gewijzigd is. De kinderbijslag werd immers tot begin jaren tachtig uit premies betaald en wordt sindsdien uit belastingen betaald. Het is dan inderdaad kunstmatig om onder de oudere regeling wel eigendomsbescherming aan te nemen en nu niet meer. Uiteindelijk dragen betrokkenen – zoals het Hof zelf ook aanvoert – nog steeds bij aan de financiering.

Het Hof besluit daarom in het *Stec*-arrest om duidelijkheid te scheppen. Het overweegt dat bij een klacht in de zin van art. 14, in samenhang met art. 1 Eerste Protocol, de relevante toets is of betrokkene, afgezien van de omstrede uitkeringsvoorwaarde, een afdwingbaar recht op uitkering had gehad. Zo ja, dan vallen de belangen van betrokkene onder de werkingssfeer van art. 1 Eerste Protocol en het recht op eigendomsbescherming dat het garandeert. Dit is voldoende om art. 14 EVRM van toepassing te doen zijn.

Bepalend voor het Hof om aan alle uitkeringsrechten voortaan eigendomsbescherming toe te kennen, is dat veel mensen voor hun overleven tijdelijk of permanent afhankelijk zijn van sociale zekerheid. Vandaar dat in veel stelsels een subjectief recht bestaat op uitkeringen. Dat subjectieve recht bepaalt (overweging 55) of een uitkering onder het Eerste Protocol en daarmee ook onder art. 14 van het EVRM valt.

¹² EHRM 6 juli 2005, nrs. 65731/01 en 65900/01, AB 2005/376.

Dit criterium betekent derhalve dat ook volledig uit de belasting gefinancierde uitkeringen, zoals bijstand, onder de eigendomsbescherming vallen. Het Hof wijkt hiermee in belangrijke mate af van de gebruikelijke interpretaties van eigendomsbescherming (zie paragraaf 7.2).

Het valt op dat het Hof, terwijl het nu wel duidelijkheid schept over de toepassing van art. 14, onduidelijkheid laat bestaan over de vraag of deze benadering nu ook geldt als de vraag van de eigendomsbescherming aan de orde is zonder dat er een verband is met art. 14. *Close reading* van de aangehaalde overwegingen van het arrest zou tot de slotsom kunnen leiden dat de *Stec*-benadering alleen geldt als er een beroep wordt gedaan op art. 14. Tegen die conclusie pleit dat het Hof geen speciale criteria geeft voor het geval geen beroep wordt gedaan op art. 14 en wel op art. 1 Eerste Protocol. Dergelijke criteria ontwikkelt het Hof ook niet in het hierna te bespreken *Ásmundsson*-arrest (paragraaf 7.4), waarin alleen een beroep op art. 1 Eerste Protocol wordt gedaan. Bovendien blijkt dat arresten die de eigendomsbescherming van art. 1 Eerste Protocol betreffen zonder dat er sprake is van een toets aan het discriminatieverbod, tot dusver overgangsregelingen betreffen. Hierbij is – zoals we in de volgende paragraaf zullen zien – met name de toets aan de proportionaliteitseis van belang. Deze toets wordt in sterke mate uitgewerkt – zoals het Hof memoreert in laatstgenoemd arrest – in het licht van art. 14 EVRM. Zo is de cirkel – althans in de soms meer associatieve dan analytische benadering van het Hof – weer rond: art. 14 EVRM is steeds aan de orde.

7.4 De betekenis van de eigendomsbescherming in de sociale zekerheid

Door het *Gaygusuz*-arrest was al duidelijk dat ook socialezekerheidsrechten onder de eigendomsbescherming kunnen vallen. In dit arrest werd deze vaststelling echter enkel gebruikt als entreebiljet voor de toets aan de non-discriminatiebepaling van art. 14 EVRM. De vraag of ingrepen geoorloofd zijn, verlangt – als niet gediscrimineerd wordt op basis van de in art. 14 genoemde gronden – echter een toets aan het eigendomsrecht zelf.

In het *Ásmundsson*-arrest¹³ van het EHRM kwam voor het eerst de toets aan de eigendomsbescherming *sec* aan de orde. Het betrof een IJslander, die in 1978 arbeidsongeschikt was geworden als zeeman en die vervolgens ingevolge de IJslandse Pensioenwet voor Zeevarenden voor 100% arbeidsongeschikt werd verklaard. Er was een steen van 200 kilo op zijn been gevallen en dit had geleid tot een enkelfractuur. Het arbeidsongeschiktheids criterium bij toekenning van zijn uitkering was of hij nog zijn eigen werk kon doen. Toepassing hiervan betekende dat hem een invaliditeitspensioen werd toegekend. Vervolgens ging hij weer wer-

13 EHRM 12 oktober 2004, nr. 60669/00, AB 2005/102.

ken in een andere baan, hetgeen geoorloofd was volgens de wettelijke regels. In 1992 wordt de wet veranderd; het nieuwe arbeidsongeschiktheids criterium is of hij nog werk in het algemeen kan doen. De wetswijziging, die te maken had met de slechte financiële situatie van het fonds, leidde tot intrekking van zijn uitkering (na een overgangsperiode van vijf jaar). Ásmundsson was volgens het nieuwe criterium nog maar 25% arbeidsongeschikt, terwijl de drempel 35% was. Van de 336 herkeuringen die waren verricht op basis van de wetswijziging, leidden er 104 tot een gewijzigd arbeidsongeschiktheidspercentage; 54 mensen verloren hun uitkering.

In het arrest oordeelde het Hof dat art. 1 Eerste Protocol drie onderscheiden regels kent. Ten eerste legt de eerste zin van het eerste lid het beginsel neer van een ongestoord genot van eigendom. De tweede regel onderwerpt de onteigening van eigendom aan zekere voorwaarden. De derde regel erkent dat de verdragsstaten het recht hebben om, onder andere, het gebruik van eigendom in het algemeen belang te reguleren. Dit artikel kan – aldus het Hof – niet zo geïnterpreteerd worden dat het iemand recht geeft op een pensioen van een bepaalde hoogte. Wel is van belang of iemands recht om uitkering te ontvangen op een manier geschonden is die resulteert in de beschadiging van de essentie van zijn pensioenrechten. In dit geval was duidelijk dat er sprake was van een schending van het ongestoord genot van eigendom. In geschil was echter wel of de toepassing van de nieuwe wet disproportioneel was in verhouding tot de belangen van de gemeenschap. Vandaar dat moest worden nagegaan of er wel een eerlijke balans was tussen de eisen van het algemene belang van de gemeenschap en de eis van de bescherming van de fundamentele rechten van het individu. In dit verband was van belang of zich een ongerechtvaardigd verschil in behandeling had voorgedaan.

Het EHRM keek, voor de toepassing van dit criterium, naar de individuele omstandigheden van betrokkene. Het feit dat slechts 15% van de groep van de herbeoordeelde hun uitkering had verloren, betekende volgens het Hof dat een kleine minderheid arbeidsongeschikten de zwaarste gevolgen moest dragen. Dit verschil in behandeling legt veel gewicht in de schaal bij de beoordeling van de proportionaliteitseis, aldus het Hof. Ofschoon de veranderingen in pensioenrechten op gerechtvaardigde wijze de positie van de gepensioneerde in aanmerking mogen nemen, suggereert het verschil in behandeling dat de omstreden maatregel niet gerechtvaardigd was in de zin van artikel 14, welke overweging zwaar moet wegen bij de beoordeling van de proportionaliteitseis van art. 1 Eerste Protocol. Het discriminerende karakter van de wijziging bestaat uit het feit dat deze betrokkene op een bijzonder concrete en harde manier trof omdat de wijziging hem beroofde van een pensioen dat hij al bijna twintig jaar ontving. Onder de oude wet werd zijn arbeidsongeschiktheid met name beoordeeld op basis van de vraag of hij zijn oude werk nog kon verrichten. Volgens de nationale rechter had betrokkene een recht om zo te worden beoordeeld. Betrokkene kon dan ook een gerechtvaardigde verwachting hebben dat zijn arbeidsongeschiktheid op basis van dit criterium beoordeeld zou worden.

Onder de oude regels was inkomen uit arbeid niet onverenigbaar met de ontvangst

van een volledig pensioen, op voorwaarde dat het pensioen niet hoger was dan het verlies aan inkomen van betrokkene. Vandaar dat betrokkene inkomen uit werk mocht hebben terwijl hij een pensioen ontving.

Ofschoon Ásmundsson na de herbeoordeling nog 25% arbeidsongeschikt werd geacht, werd hem zijn hele pensioen ontnomen, hetgeen niet minder dan een derde van zijn bruto-maandinkomen betrof. Vandaar dat betrokkene een excessieve en disproportionele last moest dragen, aldus het Hof. Deze kan niet worden gerechtvaardigd door de gerechtvaardigde belangen van de gemeenschap. Het zou anders zijn geweest als betrokkene een redelijke en proportionele vermindering had gehad in plaats van een totale ontneming van zijn rechten. Vandaar dat het Hof schending van art. 1 Eerste Protocol vaststelt: de toets aan art. 14 is niet meer nodig.

Het valt op dat het Hof het gelijkheidsbeginsel hanteert door de positie van Ásmundsson te vergelijken met die van bestaande uitkeringsgerechtigden en dus niet met die van nieuwe uitkeringsgerechtigden. Wat het gelijkheidsbeginsel echter moet inhouden is niet geheel duidelijk. Op zich is de redenering te volgen dat de gevolgen van de wetwijziging niet eenzijdig op een kleine groep mogen neerkomen, maar dat is alleen zo als het om gelijke gevallen gaat. Daarvan is in deze zaak niet gebleken. Klager had een verbijzelde enkel, en kon daarmee nog heel goed ander werk verrichten, en deed dat ook. Het is goed denkbaar dat een grote meerderheid van de arbeidsongeschikte zeelieden een zwaarder ongeluk of ziekte had meegemaakt, zodat het niet zo disproportioneel is dat juist Ásmundsson wordt getroffen.

Een ander aspect van deze redenering is dat het toch vreemd zou zijn als eigendomsontneming wel geoorloofd zou zijn als bijvoorbeeld 50% van de uitkeringsgerechtigden zijn uitkering verliest en niet als dat slechts 15% is.

De *concurring opinion* van rechter Thomassen bij dit arrest is beter te volgen. Ze wijst het argument, dat van belang is dat slechts 15% getroffen is, van de hand; doorslaggevend is voor haar dat, ook al kent de wet een overgangperiode van 5 jaar, betrokkenen (dit geldt voor alle pensioengerechtigden) slechts ongeveer een half jaar van tevoren gekeurd werden en zich zo niet goed konden instellen op de verandering. Overigens een 'uitlooptermijn' die aanmerkelijk langer is dan de termijn die in de Nederlandse jurisprudentie inzake de WAO wordt gehanteerd (twee maanden). De benadering van Thomassen is niet overgenomen door de overige leden, die kennelijk striktere beperkingen willen stellen aan ingrepen in bestaande uitkeringsrechten.

In de zaak *Goudswaard-van der Lans* werd de Ásmundsson-benadering van het Hof doorgetrokken.¹⁴ Het ging in deze zaak om de vervanging in juli 1996 van de AWW door de Algemene nabestaandenwet, waardoor weduwen met een bepaald eigen inkomen of weduwen die waren gaan samenwonen hun uitkering verloren

14 EHRM 22 september 2005, nr. 75255/01, AB 2006/1.

of een belangrijk lagere uitkering kregen. De echtgenoot van mevrouw Goudswaard was al in 1977 overleden, op grond waarvan haar een AWW-uitkering was toegekend. Vervolgens kreeg zij een relatie met een zekere meneer H. en ging met hem samenwonen. In deze tijd bedroeg haar pensioen 21 981,12 gulden per jaar. Als gevolg van de overgang naar de Anw werd haar uitkering tot 6815,40 gulden teruggebracht, aangezien zij samenwoonde.

Het Hof geeft aan dat het onderkent dat dit een proefproces is. Dat betekent dat deze uitkomst ook geldt voor sterkere zaken dan die van mevrouw Goudswaard (het feit dat de Anw de eerder in AWW bestaande ongelijke behandeling van gehuwden en ongehuwd samenwonenden ongedaan maakte – hetgeen voor klaagster nadelig was – was immers wel erg moeilijk te verdedigen).

Het Hof overwoog dat het ten eerste van belang is dat de inbreuk op het eigendomsrecht verband houdt met de doelen van sociale gerechtigheid en het economisch belang van de staat. Wel geldt hierbij de voorwaarde van proportionaliteit tussen doel en middelen. De proportionaliteit ontbreekt namelijk indien de last voor een persoon of een groep personen een individuele en excessieve last is; hierbij verwijst het Hof naar het *Ásmundsson*-arrest.

Het Hof overwoog dat de AWW, tot stand gekomen in 1959, een stelsel invoerde waarin kostwinners bijdroegen aan een fonds waarin, in geval van hun dood, betalingen in de vorm van pensioen werden gedaan aan hun nabestaanden. Toentertijd was de aanname dat kostwinners normaal gesproken mannen waren. De AWW was bedoeld om de kwetsbare groep van nabestaanden te beschermen tegen armoede door hen een gegarandeerd inkomen te geven dat voldoende is om een bescheiden maar fatsoenlijke levensstandaard te voeren. Weduwen behielden hun uitkering totdat ze opnieuw huwden of 65 jaar werden.

Door de ontwikkelingen in de maatschappij werd wetgeving nodig die deze verwachtingen schonden. Het Hof wijst erop dat veel weduwen nu ongehuwd samenwonen in een relatie die in economische termen vergelijkbaar is met een huwelijk, of een inkomen hebben uit een andere bron. Het is daarom niet langer zo dat weduwen per definitie geen inkomen hebben. Bovendien kregen nu ook weduwnaars recht op een AWW-uitkering, als gevolg van jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep.

Vandaar dat de wetgever in principe van mening mocht veranderen wie de kwetsbare groepen zijn die bescherming nodig hebben in de vorm van inkomen uit publieke bronnen. Vervolgens is de impact van de wijziging in het individuele geval van belang.

Het Hof wijst de stelling van de hand dat uitkeringsrechten, gebaseerd op premies aan een bepaald fonds, ongewijzigd moeten blijven. In de jurisprudentie is er geen basis voor zo'n algemeen standpunt. Verder schetst het Hof de overgangsperioden en -regelingen voor degenen die een AWW-uitkering ontvingen op het moment dat de Anw¹⁵ in werking trad.

15 Opmerkelijk is dat het Hof de Algemene nabestaandenwet vertaalt als *Surviving Dependents Act* (onder *The Facts*) (mijn cursivering); het Hof schrijft daarmee wel sterk toe naar de door hem weergegeven doelstelling van de wet.

Beslissend in deze zaak is de toets uit het *Ásmundsson*-arrest. Het Hof overweegt dat beslissend was in dit arrest dat slechts een kleine groep van personen in vergelijking met de totale groep uitkeringsgerechtigden de uitkering verloor. In de huidige zaak constateert het Hof dat het aantal personen van wie de uitkering is verminderd niet zo klein is dat dit aantal niet belangrijk is. Daarnaast heeft de wetgever overgangsregelingen getroffen. Ten derde, en nog belangrijker, aldus het Hof, is dat de AWW werd gezien als bescherming tegen armoede van personen die geen basisinkomen hadden uit een andere, sociaal acceptabele bron. Voor mevrouw Goudswaard heeft de wet niet deze functie. Vandaar dat het Hof niet vindt dat hier sprake is van een individuele en excessieve last voor betrokkene. Het Hof oordeelt het beroep op de eigendomsbescherming kennelijk ongegrond. Waarom dat ‘kennelijk’ is, is mij overigens onduidelijk.

Opvallend is dat het Hof de toets eigenlijk vrij simpel houdt. De feitelijke beschrijving van de ontwikkeling van de bescherming van weduwen neemt veel plaats in. Vervolgens wordt vooral getoetst aan de ‘individuele en excessieve last’ die niet geoorloofd is. Andere beginselen of benaderingen worden niet besproken.

Opmerkelijk zijn de verschillen in de benadering van het Hof in de *Ásmundsson*- en de *Goudswaard-van der Lans*-zaak, terwijl de feiten minder van elkaar verschillen dan op het eerste gezicht lijkt. *Ásmundsson* was immers niet volledig afhankelijk van het pensioen (dat een derde van zijn inkomen was), want hij mocht bijverdienen zonder korting op zijn uitkering. Mevrouw Goudswaard werd daarentegen voor de voeten geworpen dat ze niet afhankelijk was van deze inkomensbron, terwijl deze tweederde van haar inkomen betrof. *Ásmundsson* mocht ervan uitgaan, aldus het Hof, dat zijn uitkering niet zou worden aangepast; mevrouw Goudswaard mocht er niet op rekenen dat haar uitkering ongewijzigd mocht blijven. Ook in het *Ásmundsson*-arrest zou gezegd kunnen worden dat de maatschappelijke omstandigheden meebrengen dat de wetgever het arbeidsongeschiktheids criterium mag wijzigen. Ook andere wetgevers hebben dat gedaan, kijk maar naar Nederland, dat in de WAO ook overging van het passende-arbeidscriterium naar het gangbare-arbeidscriterium. Het Hof volgt derhalve verschillende benaderingen, zonder dat precies duidelijk is waar de verschillen in schuilen.

7.5 Conclusie en aanbevelingen

Wat heeft het onderwerp van de eigendomsbescherming nu met Frits Noordam te maken? Op zich helemaal niets. Wel is in zijn publicaties een toenemende zorg te zien over de radicale ingrepen in de sociale zekerheid en de verschuiving van publieke naar private sociale zekerheid en de daarmee gepaard gaande problemen. O.a. in zijn recensie van mijn proefschrift blijkt Frits echter ook sceptisch te staan tegenover theoretische constructies zoals de verzekeringsgedachte in de sociale zekerheid. In die zin heeft hij ook inspirerend gewerkt, want je had voort-

durend het idee dat hij je over de schouder keek als je wat schreef, en zeker als het wat gewaagdere hypothesen waren. Zo is het niet moeilijk te voorspellen dat Frits bedenkelijk zou kijken bij lezing van de arresten van het EHRM.

Inderdaad levert deze jurisprudentie gemengde gevoelens op. Op zichzelf is het een interessante ontwikkeling dat de eigendomsbescherming ook betrekking op socialezekerheidsrechten heeft. Een dergelijke toets kan immers het rechtskarakter van de socialezekerheidsrechten versterken en tot interessante jurisprudentie leiden. Om pragmatische redenen is het goed dat de eigendomsbescherming betrekking heeft op alle socialezekerheidsuitkeringen, ongeacht hun financieringswijze. Het is immers in de praktijk erg lastig om een onderscheid te maken tussen op premie en niet op premie gebaseerde uitkeringen. Wat immers te denken van de AOW-uitkering van iemand die 65 jaar wordt zonder ooit premie voor de AOW te hebben betaald? Ook is het bevredigend om ook niet op premie gebaseerde uitkeringen onder de bepalingen van het verdrag, zoals de gelijke behandeling, te laten vallen.

Toch is het Hof niet echt overtuigend in zijn redenering dat de eigendomsbescherming ook betrekking moet hebben op niet op premie gebaseerde uitkeringen. In zijn betoog dat art. 14 EVRM betrekking moet hebben op alle uitkeringen aan gezien mensen daarvan afhankelijk zijn, geeft het Hof eerder argumenten om art. 14 EVRM steeds van toepassing te laten zijn dan dat het de reikwijdte van de eigendomsbescherming onderbouwt. Maar goed, in ieder geval weten we nu waar we aan toe zijn. Dat ligt anders bij de inhoud van de eigendomsbescherming. Het lijkt erop dat de regeringen niet snel zullen struikelen over de voorwaarde dat ze argumenten moeten aandragen voor de noodzaak voor de wijziging. Wel besteedt het Hof aandacht aan de noodzaak van een voldoende overgangsrecht.

Het verschil in uitkomst in de arresten ligt tot dusver in de toepassing van de proportionaliteitseis; in *Ásmundsson* is er niet aan voldaan, in *Goudswaard* wel. Op zich is het begrijpelijk dat het Hof aan deze eis veel gewicht toekent, want beoordeling van de vraag of überhaupt een wettelijke regeling mag worden gewijzigd is vanuit de optiek van de scheiding der machten moeilijker dan de vraag of het overgangsrecht voldoende is of de vraag of een bepaalde categorie te hard getroffen is. De proportionaliteitseis is echter niet overtuigend uitgewerkt, zoals we hebben gezien. Het is immers niet duidelijk of *Ásmundsson* inderdaad te zwaar is aangepakt.

Wellicht zouden we weer terug naar af moeten en ons moeten afvragen: wat willen we nu eigenlijk bereiken met de eigendomsbescherming?

In dit verband staat het streven naar volledige onaantastbaarheid van een nabestaandenuitkering inderdaad niet zo sterk. Al was het maar omdat het moeilijk te verdedigen is dat weduwen die weer gehuwd zijn hun uitkering verliezen, terwijl dat niet gebeurde bij ongehuwd gaan samenwonen. Toen ook nog mannen een beroep op een weduwe-uitkering kregen, was een nieuwe wet onvermijdelijk. Essentieel is dan wel dat er een goede overgangsregeling is.

Ook de verandering in het arbeidsongeschiktheids criterium heeft het EHRM in de *Ásmundsson*-zaak geaccepteerd. Of het Hof elke wijziging zal accepteren –

denk ook aan de laatste wijziging in het Nederlandse Schattingsbesluit – is nog onduidelijk, maar in ieder geval is het moeilijk voor een rechter om de overwegingen van een wetgever anders dan zeer marginaal te toetsen. Vandaar dat de toets van de overgangsregeling zo belangrijk is.¹⁶ Als die goed is, dan geeft de toets aan de proportionaliteitseis de doorslag. De wijze waarop het Hof deze in de *Ásmundsson*-zaak toepast levert echter weinig, en wellicht ook het verkeerde, resultaat op.

In de Duitse benadering van de eigendomsbescherming ligt het accent meer op het gegeven dat personen die lange tijd premie hebben betaald slechts onder zeer zware voorwaarden van hun rechten beroofd mogen worden. Zo kan men niet opeens tegen een 62-jarige zeggen: ‘Jammer, uw pensioengerechtigde leeftijd is nu verhoogd van 65 naar 70.’ In de benadering van het EHRM is er geen bescherming meer tegen deze maatregel. Dit is in zekere zin de prijs die we moeten betalen voor de benadering in het *Stec*-arrest. Enerzijds heeft dit de toepassing van art. 14 EVRM uitgebreid, maar anderzijds kan de eigendomsbescherming als zodanig slechts zeer beperkte betekenis krijgen. De loskoppeling van de financieringswijze heeft met andere woorden de potentiële betekenis van de eigendomsbescherming verminderd.

16 De Centrale Raad van Beroep heeft een interessante uitspraak gewezen waarin de Raad de duur van de overgangsperiode inderdaad te kort vindt en daarom in strijd met art. 1 Eerste Protocol (CRvB 18 juni 2004, AB 2004/296). Het ging hier om de Wet socialezekerheidsrechten gedetineerden, die inhield dat gedetineerden die recht hadden op een WAO-uitkering deze verloren met een overgangstermijn van één maand.

De doorwerking in de nationale rechtsorde van het verbod van leeftijdsdiscriminatie als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht

Jan Jans

8.1 Inleiding

Discriminatie in het sociaal recht is een van de vele onderwerpen die Frits Noordam zijn pen in beweging heeft laten zetten.¹ De uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Mangold* heeft inmiddels vele andere pennen eveneens in beweging gezet.² In die zaak verklaarde het Hof voor recht dat het gemeenschapsrecht, met name art. 6 lid 1 van richtlijn 2000/78, zich verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan het sluiten van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd onbeperkt is toegestaan wanneer de werknemer 52 jaar of ouder is, en dat het aan de nationale rechter is om de volle werking van het algemene beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd te verzekeren door elke strijdige bepaling van nationaal recht buiten toepassing te laten, ook wanneer de termijn voor omzetting van deze richtlijn nog niet is verstreken.

Het belang van deze uitspraak gaat echter de reikwijdte van het arbeidsovereenkomstenrecht ver te buiten. In algemene zin is hier de inroepbaarheid van algemene beginselen van gemeenschapsrecht in contractuele verhoudingen in het geding. Ook het socialezekerheidsrecht zal ongetwijfeld met de effecten van *Mangold* te maken krijgen. Immers, in het huidige tijdsgewricht wordt een een niet onbelangrijk deel van de sociale zekerheid gerealiseerd in de arbeidsvoorwaardelijke sfeer, met name door middel van cao's. Zo speelt leeftijdsdiscriminatie nu vooral een rol bij de discussie over het afschaffen van het vervroegd pensioen, dat veelal alleen de jongeren treft en niet de babyboomers, geboren eind jaren veertig en begin jaren vijftig van de vorige eeuw.

1 Zie bijvoorbeeld F.M. Noordam, *Socialezekerheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2004, paragraaf 16.5.2.

2 HvJ EG 22 november 2005, zaak C-144/04, *Jur.* 2005, p. I-9981 (*Mangold*).

In *NRC Handelsblad* van 7 februari 2006 beschuldigde Frank Kuitenbrouwer het Hof van Justitie van onbescheidenheid en van ongeoorloofd rechterlijk activisme.³ In een redactioneel commentaar van *Common Market Law Review* wordt het Hof van Justitie verweten het EG-Verdrag tegen de uitdrukkelijke letter in te hebben geïnterpreteerd en wordt gesteld dat van enige coherentie van een van de kerndoctrines van het Europees recht – het leerstuk van de rechtstreekse werking – niet langer kan worden gesproken.⁴

Wat is hier aan de hand? Is het Hof van Justitie door het arbeidsovereenkomstenrecht inderdaad de weg kwijtgeraakt? Redenen genoeg om het vraagstuk van de doorwerking in de nationale rechtsorde van het EG-verbod van leeftijdsdiscriminatie onder de loep te nemen.

8.2 Het verbod van leeftijdsdiscriminatie in het EG-Verdrag en richtlijn 2000/78/EG

Het verbod van leeftijdsdiscriminatie komen we op een aantal plaatsen tegen in het geschreven Europees recht. De basisbepaling is het door het Verdrag van Amsterdam in het EG-Verdrag opgenomen art. 13 lid 1, dat bepaalt:

‘Onverminderd de andere bepalingen van dit Verdrag, kan de Raad, binnen de grenzen van de door dit Verdrag aan de Gemeenschap verleende bevoegdheden, met eenparigheid van stemmen, op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Europees Parlement, passende maatregelen nemen om discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, *leeftijd* of seksuele geaardheid te bestrijden.’⁵

De precieze formulering van deze bepaling is met zorg gekozen. De opstellers ervan hebben daarmee willen uitdrukken dat de genoemde discriminaties pas door het treffen van nadere wetgevingshandelingen hun werking in de Europese en nationale rechtsorde sorteren.⁶ Het artikel bevat geen uitdrukkelijk verbod, waardoor een schril contrast met o.a. het verbod van discriminatie op grond van

3 Frank Kuitenbrouwer, ‘Onbescheiden rechters’, *NRC Handelsblad* 7 februari 2006.

4 *CMLRev.* 2006, p. 1-8.

5 Cursivering toegevoegd door de auteur.

6 Cf. R.H. van Ooik, *De keuze der rechtsgrondslag voor besluiten van de Europese Unie* (diss. Utrecht), 1999, p. 31. Vgl. ook HvJ EG 17 februari 1998, zaak C-249/96, *Jur.* 1998, p. I-621 (*Grant*), waar het Hof in een zaak die speelde voor de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam, tot de conclusie kwam dat het EG-recht geen verbod kent van discriminatie op grond van de seksuele geaardheid. Maar daaraan toevoegde: ‘Evenwel zij erop gewezen, dat het Verdrag van Amsterdam (...) voorziet in de invoeging in het EG-Verdrag van een artikel 6 A, op grond waarvan de Raad, na de inwerkingtreding van eerstgenoemd verdrag, onder bepaalde voorwaarden (...) passende maatregelen kan nemen om diverse vormen van discriminatie, waaronder die op grond van seksuele geaardheid, te bestrijden.’

nationaliteit in art. 12 EG⁷ zichtbaar wordt. Met andere woorden, art. 13 bevat geen rechtstreeks werkend verbod; het schept slechts de bevoegdheid voor de Europese wetgever om de nodige maatregelen te nemen ter bestrijding van de genoemde vormen van discriminatie.

Aan deze verdragsrechtelijke opdracht heeft de Raad o.a. gevolg gegeven door de vaststelling van richtlijn 2000/78/EG tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.⁸ Art. 1 van deze richtlijn bepaalt dat zij tot doel heeft ‘met betrekking tot arbeid en beroep een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid zodat in de lidstaten het beginsel van gelijke behandeling toegepast kan worden.’ Blijkens art. 2 lid 2 van de richtlijn is er sprake van ‘directe discriminatie’ ‘wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld op basis van een van de in artikel 1 genoemde gronden’. Niettegenstaande art. 2, lid 2, kunnen de lidstaten bepalen dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormen indien zij in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn, aldus art. 6 lid 1 van de richtlijn. Op grond van art. 16 nemen de lidstaten de nodige maatregelen om er zorg voor te dragen dat alle wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen die met het beginsel van gelijke behandeling in strijd zijn, worden afgeschaft. Binnen dit juridisch kader speelde zich de zaak *Mangold* af.

8.3 De zaak Mangold

Op 26 juni 2003 sloot Mangold, die toen 56 jaar was, een arbeidsovereenkomst met Helm, die werkzaam is als advocaat. De overeenkomst trad met ingang van 1 juli 2003 in werking en liep door tot 28 februari 2004. De duur van de overeenkomst was gebaseerd op § 14, lid 3, vierde zin, juncto § 14, lid 3, eerste zin, van het *Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge und zur Änderung*

7 Art. 12, eerste alinea, EG: ‘Binnen de werkingssfeer van dit Verdrag en onverminderd de bijzondere bepalingen, daarin gesteld, is elke discriminatie op grond van nationaliteit verboden.’

8 Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, Pb. EG 2000 L 303/16, in Nederland geïmplementeerd door de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, Stb. 2004, 30. Op basis van deze bepaling is, behalve richtlijn 2000/78/EG, ook een andere richtlijn tot stand gekomen: richtlijn 2000/43/EG houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, Pb. EG 2000 L 180/22-26. De literatuur over deze richtlijn is overvloedig. Ik verwijs o.a. naar I. Sewandono, ‘De Rassenrichtlijn en de Algemene wet gelijke behandeling’, *SEW* 2001, p. 218-226 en J.E. Goldschmidt, ‘De hete adem van Europa; Implementatie van nieuw gelijke behandelingsrecht in Nederland’, *NJB* 2001, p. 983-990.

und Aufhebung arbeitsrechtlicher Bestimmungen (TzBfG). In het kort komt de Duitse wetgeving erop neer dat voor het sluiten van een arbeidsovereenkomst voor *bepaalde* tijd een objectieve reden vereist is, tenzij het gaat om een werknemer die bij de aanvang van de arbeidsverhouding 58 jaar of ouder is. In 2002 is deze leeftijd tijdelijk tot eind 2006 verlaagd van 58 naar 52 jaar.

Mangold betoogde, in een procedure tegen Helm voor het *Arbeitsgericht München*, dat de Duitse wetgeving in strijd komt met het Europese recht. In het bijzonder met de clausules 2, 5 en 8 van de op 18 maart 1999 gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, welke ten uitvoer is gelegd bij richtlijn 1999/70/EG,⁹ en met art. 6 van richtlijn 2000/78/EG tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.

Ook het *Arbeitsgericht München* twijfelde aan de verenigbaarheid van de Duitse wetgeving met het gemeenschapsrecht. Zo zou er sprake zijn van strijd met art. 6 van richtlijn 2000/78/EG, omdat de in 2002 ingevoerde verlaging van 58 naar 52 jaar van de leeftijd waarop het sluiten van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zonder objectieve reden is toegestaan, de bescherming van ouderen op de arbeidsmarkt niet waarborgt.

Deze richtlijn had, overeenkomstig art. 18, eerste alinea, uiterlijk op 2 december 2003 in nationale wetgeving moeten zijn omgezet. Echter, op grond van de tweede alinea van art. 18 konden lidstaten bij de Commissie om een extra implementatietermijn van drie jaar verzoeken. Aangezien Duitsland (met succes) een dergelijk verzoek had gedaan, verstrijkt de omzettingstermijn van deze richtlijn voor dit land pas op 2 december 2006.

Met betrekking tot de vraag of de Duitse wetgeving verenigbaar is met de richtlijn, overweegt het Hof in de eerste plaats dat volgens art. 1 van richtlijn 2000/78/EG de richtlijn ertoe strekt met betrekking tot arbeid en beroep een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op een van de in dit artikel genoemde gronden, waaronder leeftijd. Door werknemers de mogelijkheid te bieden om onbeperkt arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd te sluiten met werknemers van 52 jaar en ouder, schept de Duitse wetgeving een rechtstreeks op leeftijd gebaseerde ongelijke behandeling, aldus het Hof. Echter, dit verschil in behandeling kan op grond van art. 6 lid 1 van de richtlijn in beginsel worden gerechtvaardigd, omdat de wetgeving tot doel heeft de opnemings in het arbeidsproces van werkloze oudere werknemers te bevorderen: ‘De rechtmatigheid van een dergelijk doel van algemeen belang kan redelijkerwijze niet in twijfel worden getrokken, zoals de Commissie overigens zelf heeft erkend’ (r.o. 60). Dergelijke wetgeving moet echter, blijkens art. 6 lid 1, ‘passend en noodzakelijk zijn’, waarbij het Hof opmerkt dat de lidstaten in dit verband ‘onbetwistbaar [beschikken] over een ruime beoordelingsvrijheid bij hun keuze van de maatre-

⁹ Richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, Pb. EG 1999, L 175/43.

gelen die geschikt zijn voor het verwezenlijken van hun doelstellingen op het gebied van sociaal beleid en werkgelegenheidsbeleid'. Deze toetsing aan het evenredigheidsbeginsel valt echter voor de Duitse wetgever negatief uit:

'64 Zoals de verwijzende rechter evenwel heeft opgemerkt, leidt de toepassing van een nationale wetgeving als die welke in het hoofdgeding aan de orde is tot een situatie waarin aan alle werknemers van 52 jaar en ouder zonder onderscheid, ongeacht of zij vóór het sluiten van de overeenkomst werkloos waren en ongeacht de duur van deze eventuele werkloosheid, tot zij de pensioengerechtigde leeftijd hebben bereikt rechtsgeldig arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd kunnen worden aangeboden die een onbepaald aantal keren kunnen worden verlengd. Deze omvangrijke, uitsluitend op grond van leeftijd bepaalde categorie werknemers loopt aldus het gevaar om gedurende een substantieel deel van de beroepsloopbaan te worden uitgesloten van het genot van vaste dienstbetrekkingen, wat juist, zoals uit de raamovereenkomst blijkt, een essentieel onderdeel vormt van de werknemersbescherming.

65 Een dergelijke wetgeving moet worden geacht verder te gaan dan passend en noodzakelijk is voor het bereiken van het nagestreefde doel, voorzover zij de leeftijd van de betrokken werknemer als enige criterium hanteert voor het sluiten van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, zonder dat is aangetoond dat de vaststelling van een leeftijdsgrens als zodanig, los van iedere andere overweging terzake van de structuur van de betrokken arbeidsmarkt en de persoonlijke situatie van de betrokkene, objectief noodzakelijk is voor de verwezenlijking van het doel, de opnemings in het arbeidsproces van oudere werkloze werknemers te bevorderen. De inachtneming van het evenredigheidsbeginsel impliceert immers dat iedere afwijking van een individueel recht zoveel mogelijk een evenwicht tot stand brengt tussen de eisen van het beginsel van gelijke behandeling en van het beoogde doel (zie in die zin arrest van 19 maart 2002, Lommers, C-476/99, Jurispr. blz. I-2891, punt 39). Een dergelijke nationale wetgeving kan dus niet worden gerechtvaardigd uit hoofde van artikel 6, lid 1, van richtlijn 2007/78.'

Tot zover is er niets bijzonders aan de hand. Het Hof van Justitie geeft uitleg aan een bepaling uit een richtlijn en acht de Duitse wetgeving daarmee in strijd; niets meer, niets minder. Van een ongeoorloofde vorm van rechterlijk activisme lijkt me toch niet gesproken te kunnen worden: het bevorderen van de opnemings in het arbeidsproces van werkloze oudere werknemers wordt door het Hof erkend als een legitieme grond om de ongelijke behandeling te rechtvaardigen en tevens wordt erkend dat bij het kiezen van de daarvoor noodzakelijke maatregelen de lidstaten over 'een ruime beoordelingsvrijheid' beschikken. Het is hier slechts het evenredigheidsbeginsel dat voor de Duitse wetgever roet in het eten gooit. Daarmee was vastgesteld dat de Duitse wetgeving in strijd met de richtlijn was.

Het probleem voor Mangold was echter dat voor Duitsland de omzettingstermijn van de richtlijn pas op 2 december 2006 verloopt. Voeg daarbij dat op grond van

constante jurisprudentie richtlijnen geen horizontale werking hebben¹⁰ en het lijkt op het eerste gezicht vrij duidelijk dat Mangold, ook al is de Duitse wetgeving in strijd met de richtlijn, weinig kans van slagen heeft in zijn vordering tegen zijn werkgever Helm. Het Hof van Justitie denkt daar echter anders over en bedient zich daarbij van in hoofdzaak twee argumenten.

In de eerste plaats wijst het Hof op de zogenoemde *Inter-Environnement*-doctrine.¹¹ Op grond daarvan dienen de lidstaten zich tijdens de termijn voor omzetting van een richtlijn ‘te onthouden van maatregelen die de verwezenlijking van het door deze richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in gevaar zouden brengen’. Het hoofdargument van het Hof verdient een uitgebreid citaat:

‘74 In de tweede plaats en bovenal is het beginsel van gelijke behandeling in arbeid en beroep niet in richtlijn 2000/78 zelf verankerd. Luidens artikel 1 van deze richtlijn heeft deze enkel tot doel ‘een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid’, terwijl het beginsel dat deze vormen van discriminatie verboden zijn, blijktens de punten 1 en 4 van de considerans van deze richtlijn zijn oorsprong vindt in diverse internationale instrumenten en de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten.

75 Het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd moet derhalve worden beschouwd als een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht. Wanneer een nationale wettelijke regeling binnen de werkingssfeer van dat recht komt, wat met § 14, lid 3, van het bij de wet van 2002 gewijzigde TzBfG, als uitvoeringsmaatregel van richtlijn 1999/70, het geval is (zie in dit verband eveneens de punten 51 en 64 van het onderhavige arrest), moet het Hof wanneer het om een prejudiciële beslissing wordt verzocht, alle uitleggingsgegevens verschaffen die de nationale rechter nodig heeft om te kunnen beoordelen of die regeling verenigbaar is met een dergelijk beginsel (zie in die zin arrest van 12 december 2002, Rodríguez Caballero, C-442/00, Jurispr. blz. I-11915, punten 30 tot en met 32).

76 Bijgevolg kan de inachtneming van het algemene beginsel van gelijke behandeling, met name op grond van leeftijd, als zodanig niet afhangen van het verstrijken van de termijn die de lidstaten is gelaten voor de omzetting van een richtlijn die ertoe strekt een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van leeftijd, vooral wat betreft de organisatie van passende beroepsmogelijkheden, de bewijslast, de bescherming tegen represailles, de sociale dialoog, positieve acties en andere specifieke maatregelen voor de tenuitvoerlegging van een dergelijke richtlijn.

77 In deze omstandigheden dient de nationale rechter aan wie een geschil is

10 HvJ EG 14 juli 1994, zaak C-91/92, Jur. 1994, p. I-3325 (*Faccini Dori*).

11 HvJ EG 18 december 1997, zaak C-129/96, Jur. 1997, p. I-741 (*Inter-Environnement*). Ik laat de bespreking van dit argument hier verder rusten onder verwijzing naar de te verschijnen annotatie van T.A.J.A. Vandamme in het NJCM-bulletin.

voorgelegd waarbij het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd in geding is, in het kader van zijn bevoegdheid de voor de justitiabelen uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende rechtsbescherming te verzekeren en de volle werking daarvan te waarborgen, waarbij hij elke eventueel strijdige bepaling van nationaal recht buiten toepassing moet laten (zie in die zin arresten van 9 maart 1978, Simmenthal, 106/77, Jurispr. blz. 629, punt 21, en 5 maart 1998, Solred, C-347/96, Jurispr. blz. I-937, punt 30).’

Het verbod van leeftijdsdiscriminatie moet worden beschouwd als ‘een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht’; nationale wetgeving dat daarmee in strijd is moet door de nationale rechter (blijkbaar ook in privaatrechtelijke verhoudingen) buiten toepassing worden gelaten. Het zijn met name deze rechtsoverwegingen die Kuitenbrouwer en de redactie van *Common Market Law Review* tot grote verontwaardiging brengen. Het wordt dus de hoogste tijd hun argumenten te beschouwen.

8.4 Algemene rechtsbeginselen en hun positie in de normenhiërarchie

Kuitenbrouwer schrijft over *Mangold* het volgende:

‘Het jongste voorbeeld van die vraag is de zaak-Mangold. Deze gaat over een oudere werknemer die klaagde dat de Duitse wetgeving over tijdelijke arbeidscontracten verboden discriminatie bevat. Ook hier was een Europese richtlijn in het spel. De Duitse wet is daarmee in strijd. De implementatietermijn (omzetting in de nationale wetgeving) was echter nog niet verstreken.

Duitsland had juist een verlengde termijn bedongen omdat nogal wat aanpassingen in zijn wetgeving nodig lijken. Het Hof trok zich niets aan van deze blessuretijd en verklaarde de Duitse wet toch in strijd met het EU-recht. Niet op grond van de richtlijn, maar wegens het discriminatieverbod als algemeen rechtsbeginsel van de EU. Waarvoor is dan nog een speciale richtlijn nodig?’

Dit klinkt overtuigend, maar is het niet. Wat hier aan de hand is, is een eenvoudig geval van normenhiërarchie. Als er inderdaad zoiets bestaat als een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht dat leeftijdsdiscriminatie verbiedt, dan heeft dat in de juridische hiërarchie van gemeenschapsrechtsbronnen een hogere rangorde dan de richtlijn. Algemene rechtsbeginselen van gemeenschapsrecht hebben (tenminste) de status van primair recht, terwijl een ‘eenvoudige’ richtlijn slechts de status van secundair recht heeft. Een geschreven discriminatieverbod moet dan ‘enkel’ worden beschouwd als ‘een bijzondere uitdrukking (...) van het algemene gelijkheidsbeginsel, dat een der grondbeginselen van het gemeenschapsrecht is. Ingevolge dit beginsel mogen vergelijkbare situaties niet verschillend worden

behandeld, tenzij dit objectief gerechtvaardigd is.¹² Met andere woorden, de Europese wetgever (van richtlijn 2000/78/EG) is bij zijn wetgevende taak gebonden aan de grenzen die het ‘hogere’ recht stelt. Of om het nog weer anders te zeggen, de werking van het verbod van leeftijdsdiscriminatie kan niet door de Europese wetgever buiten toepassing worden verklaard. Dat is in wezen wat het Hof van Justitie hier heeft gezegd.

Op de vraag van Kuitenbrouwer waarvoor dan nog een speciale richtlijn nodig is, heeft het Hof, maar dan in een andere context, al jaren geleden antwoord gegeven in het *Defrenne II*-arrest.¹³ In die zaak ging het om de mogelijk rechtstreekse werking van wat nu art. 141 EG is.¹⁴ In die zaak maakte het Hof onderscheid tussen enerzijds ‘rechtstreekse en openlijke’ en anderzijds ‘zijdelingse en verkapte’ discriminaties. Een rechtstreekse discriminatie werd omschreven als een discriminatie die kan worden geïdentificeerd aan de hand van de criteria ‘gelijk loon’ en ‘gelijk werk’, zonder dat verdere precisering in communautaire of nationale wetgeving is vereist. Dergelijke discriminaties worden getroffen door het rechtstreeks werkende verbod van art. 141lid 1 EG. Onrechtstreekse discriminaties daarentegen kunnen niet met behulp van art. 141 EG worden aangevochten, omdat deze slechts met behulp van nadere wetgeving kunnen worden vastgesteld. Met andere woorden, het gebod tot gelijke beloning bevat een harde juridisch perfecte kern die als zodanig door de rechter kan worden toegepast, zonder dat er een noodzaak is voor nadere uitwerking in richtlijnen ter verdere implementatie en facilitatie van het gebod.

Dat wil natuurlijk niet zeggen dat richtlijnen hier volledig overbodig zijn; ze zijn nodig, juist om die discriminaties uit de wereld te helpen die niet door die harde juridisch perfecte kern van art. 141 EG worden getroffen.¹⁵ De vele gelijkebehandelingsrichtlijnen illustreren dit standpunt. Kuitenbrouwer zou toch ook niet willen beweren dat de Europese wetgever de werking in de tijd van het beginsel van gelijke beloning, voor zover dit valt binnen de rechtstreeks werkende kern van art. 141 EG, zou kunnen beperken?

12 Vgl. reeds gevoegde zaken 117/76 en 16/77 (*Ruckdeschel*) en gevoegde zaken 124/76 en 20/77 (*Moulin de Pont-a-Mousson*), *Jur.* 1977, p. 1753 en p. 1795.

13 Zaak 43/75 (*Defrenne II*), *Jur.* 1976, p. 455. Wel is opmerkelijk dat het Hof in *Mangold* nergens naar *Defrenne II* verwijst, maar wel naar zijn uitspraken *Caballero*, *Simmmenthal* en *Solred*. Uitspraken die niet horizontale, maar juist verticale rechtsbetrekkingen betroffen.

14 De tekst daarvan luidt: ‘Iedere lidstaat draagt er zorg voor dat het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke of gelijkwaardige arbeid wordt toegepast.’

15 Zie ook reeds zaak 2/74 (*Reyners*), *Jur.* 1974, p. 631, waarin het Hof, in de context van het vestigingsrecht, uitspreekt dat sinds de overgangperiode richtlijnen ter verzekering van het beginsel van gelijke behandeling overbodig zijn geworden, omdat het gebod van gelijke behandeling zelf rechtstreeks werkt. Het Hof vervolgt dan met: ‘dat die richtlijnen daarmede evenwel niet alle betekenis hebben verloren, aangezien zij nog een belangrijk toepassingsgebied vinden in de maatregelen ter bevordering van de daadwerkelijke uitoefening van het recht van vrije vestiging’ (r.o. 31; cursivering toegevoegd door de auteur).

Het is in dit verband tevens interessant om te wijzen op de opvatting van de huidige Nederlandse rechter in het Hof van Justitie, Timmermans, in zijn bijdrage over art. 13 EG in *Kapteyn-VerLoren van Themaat*.¹⁶ Nadat hij, conform de heersende leer, erop heeft gewezen dat art. 13 EG geen rechtstreekse werking bezit en slechts een rechtsgrondslag behelst, merkt hij op dat hieruit niet de conclusie kan worden getrokken dat hierdoor binnen de werkingssfeer van art. 13 EG vallende discriminaties zijn toegestaan zolang de Raad niet op grond van die bepaling wetgevende maatregelen heeft getroffen. Manifeste discriminaties, aldus Timmermans, zullen in de regel als in strijd met het algemene gelijkheidsbeginsel kunnen worden gewraakt! Senden, in haar oratie, brengt daartegen in dat uit art. 13 EG blijkt dat de lidstaten juist *niet* een algemeen beginsel van leeftijdsdiscriminatie hebben willen vastleggen.¹⁷ Dat mag zo zijn, maar, zo versta ik Timmermans, er kan ook niet van worden uitgegaan dat de verdragswetgever met art. 13 EG de bedoeling heeft gehad om de werking van het bestaande algemene gelijkheidsbeginsel te beperken en/of weer terug te draaien. Met andere woorden, weliswaar creëert art. 13 EG geen nieuwe rechtstreeks werkende verplichtingen voor de lidstaten, maar het doet ook niet af aan het reeds bestaande algemene rechtsbeginsel van gelijke behandeling.

Wat het Hof hier in *Mangold* dus heeft gedaan is in feite helemaal niet zo bijzonder, tenminste als we accepteren dat er zoiets bestaat als een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht dat leeftijdsdiscriminatie verbiedt en dat dit beginsel inroepbaar is voor de nationale rechter.

8.5 Het verbod van horizontale rechtstreekse werking van EG-richtlijnen

De bezwaren van de redactie van *Common Market Law Review* zijn van een andere orde en betreffen met name de horizontale of derdenwerking van richtlijnen die met deze uitspraak zou zijn gecreëerd. Immers, door deze uitspraak lijkt met succes een beroep op het verbod van leeftijdsdiscriminatie te kunnen worden gedaan in de particuliere rechtsverhouding tussen werknemer (*Mangold*) en werkgever (*Helm*). Door deze uitspraak zou de bodem onder het verbod van horizontale werking van EG-richtlijnen zijn weggeslagen. Ook nu is weer mijn vraag: is de uitspraak werkelijk zo schokkend als men ons wil laten voorkomen?

Om te beginnen moet worden opgemerkt dat er verschillende vormen van horizontale werking van richtlijnen bestaan. Voor ons onderwerp zijn met name twee varianten van belang. Van de eerste variant is sprake wanneer een particulier een

16 Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 137.

17 L.A.J. Senden, *Over idealen en ideale rechtsvorming in de Europese Unie* (oratie Tilburg), 2006. De tekst is op haar website te vinden: <http://www.uvt.nl/webwijs/show.html?anr=687502>.

beroep wenst te doen op een richtlijn ter *rechtstreekse* fundering van zijn rechtsaanspraken ten opzichte van andere particulieren.¹⁸

De tweede variant is wat ik de *CIA Security*-variant zou willen noemen. In een privaatrechtelijke verhouding wordt door een van de partijen een beroep gedaan op de onverbindendheid, wegens strijd met het gemeenschapsrecht, van de publiekrechtelijke regelgeving die de rechtsbetrekking tussen beide particulieren beheerst. Het Hof heeft in de zaak *CIA Security*¹⁹ erkend (en in *Unilever*²⁰ bevestigd), dat in dergelijke gevallen wel een beroep op de rechtstreekse werking kan worden gedaan, ook al betreft het een horizontale rechtsverhouding. In feite komt het erop neer dat ook in particuliere verhoudingen de publiekrechtelijke voorschriften als niet geschreven moeten worden beschouwd, wanneer deze in strijd zijn met een richtlijn. Deze nationale voorschriften kunnen dan geen grondslag vormen voor civielrechtelijke vorderingen.

Uit de hierboven geciteerde rechtsoverwegingen blijkt dat het in de zaak *Mangold* in wezen gaat om een *CIA Security*-achtige situatie. De particuliere rechtsverhouding Mangold-Helm wordt in belangrijke mate gereguleerd door Duitse publiekrechtelijke voorschriften. De Duitse wetgeving verbiedt in de regel het sluiten van contracten voor bepaalde tijd, maar schendt door de wet van 2002 het verbod van leeftijdsdiscriminatie door de leeftijdsgrens waarvoor deze regel niet geldt, te verlagen naar 52 jaar. Door de wet van 2002 in strijd met het verbod van leeftijdsdiscriminatie te achten herleeft, in de verhouding Mangold-Helm, in feite de algemene regel uit de Duitse wetgeving dat contracten voor bepaalde tijd uit den boze zijn.

De reden waarom het Hof in *Mangold* niet de *CIA Security*- en *Unilever*-rechtspraak heeft toegepast, heeft echter te maken met de omstandigheid dat het Hof in *Pfeiffer*, zo lijkt het, deze mogelijkheid van de *invocabilité d'exclusion* weer heeft begrensd.²¹

De zaak *Pfeiffer* betrof een arbeidsgeschil tussen enkele ambulancehulpverleners en het Deutsche Rote Kreuz over de Duitse regeling die voorziet in een wekelijkse arbeidstijd van meer dan 48 uur en art. 6, punt 2, van richtlijn 93/104 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd.²² Volgens het Hof moet de richtlijnbevestiging aldus worden uitgelegd, dat deze zich verzet tegen de regeling van een lidstaat die, met betrekking tot perioden van aanwezigheidsdienst die worden verricht door ambulancehulpverleners in het kader van een dienst voor

18 Het gaat hier om *Faccini Dori*-achtige situaties: mevrouw Dori die ten opzichte van de verkoper een beroep doet op het in een richtlijn neergelegde recht om ontbinding van de koopovereenkomst te verlangen; zaak C-91/92 (*Faccini Dori*), *Jur.* 1994, p. I-3325.

19 HvJ EG 30 april 1996, zaak C-194/94, *Jur.* 1996, p. I-2201 (*CIA Security*).

20 HvJ EG 26 september 2000, zaak C-443/98, *Jur.* 2000, p. I-7535 (*Unilever*).

21 Gevoegde zaken C-397/01 t/m C-403/01 (*Pfeiffer*), *Jur.* 2004, p. I-8835. Vgl. ook de annotatie van S. Prechal in *SEW* 2005/2, p. 95-99 en *CMLRev.* 2005, p. 1445-1463.

22 Pb.EG 1993 L 307/18.

medische spoedhulp van een instelling als het Deutsche Rote Kreuz, ertoe leidt dat, in voorkomend geval middels een cao of een bedrijfsakkoord op basis van een dergelijke cao, wordt toegestaan dat de bij deze bepaling vastgestelde maximale wekelijkse arbeidstijd van 48 uur wordt overschreden. Ook heeft deze bepaling rechtstreekse werking. Echter: ‘dat zelfs een duidelijke, nauwkeurig omschreven en onvoorwaardelijke bepaling van een richtlijn die tot doel heeft particulieren rechten te verlenen of hun verplichtingen op te leggen, niet als zodanig kan worden toegepast in gedingen tussen uitsluitend particulieren.’²³

Daarmee lijkt de *CIA Security*-variant dus enkel te zijn voorbehouden voor een beroep op richtlijnen die *niet* ten doel hebben om particulieren rechten te verlenen, zoals dat bij *CIA Security* en *Unilever* het geval was. En aangezien het bij richtlijn 2000/78/EG onmiskenbaar gaat om een richtlijn die erop is gericht particulieren rechten te verlenen, zou *Pfeiffer* met zich meebrengen dat de Duitse wetgeving die in *Mangold* aan de orde was, niet met een beroep op de richtlijn onderuit kan worden gehaald, althans niet in de privaatrechtelijke verhouding tussen *Mangold* en *Helm*.²⁴

8.6 Horizontale werking van algemene rechtsbeginselen

In *Mangold* gaat het echter niet om enige vorm van horizontale werking van richtlijnbevestigingen. Ook zegt het Hof in *Mangold* niet dat het verbod van leeftijdsdiscriminatie als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht ‘echte’ horizontale werking heeft.²⁵ Het stelt enkel dat op dit algemene beginsel van gemeenschapsrecht voor de nationale rechter een beroep kan worden gedaan ter betwisting van de geldigheid van nationale wetgeving die met die norm in strijd komt.²⁶ Het gaat in *Mangold* dus ‘slechts’ om *invocabilité d’exclusion*, zoals hierboven is omschreven. Trouwens, ook al zou het Hof in *Mangold* ‘echte’ horizontale werking van het verbod van leeftijdsdiscriminatie hebben aangenomen, dan nog zou dit heel wel passen in de bestendige rechtspraak van het Hof op grond waarvan een beperkt aantal fundamentele beginselen van gemeenschapsrecht niet alleen verticale, maar ook horizontale rechtstreekse werking heeft. Zo heeft het Hof in 1976 in *Defrenne II* reeds uitgemaakt dat ‘het beginsel’ van gelijke beloning voor man en

23 Gevoegde zaken C-397/01 t/m C-403/01 (*Pfeiffer*), *Jur.* 2004, p. I-8835, r.o. 109.

24 *A fortiori*, en op dit punt instemmend met het redactioneel commentaar in *CMLRev.* (zie voetnoot 4) zou *Mangold* ook niet een beroep op de *Inter-Environnement*-doctrine (zie r.o. 67 in *Mangold*) de geldigheid van de Duitse wetgeving kunnen betwisten in zijn geschil met *Helm*.

25 In de zin dat *Helm* een, op dit algemene beginsel van gemeenschapsrecht te baseren, rechtsplicht zou hebben om *Mangold* niet op grond van leeftijd te discrimineren.

26 Dat algemene beginselen van gemeenschapsrecht niet alleen de instellingen, maar ook de lidstaten kunnen binden, is natuurlijk ook niets nieuws; vgl. bijvoorbeeld gevoegde zaken 201/85 en 202/85 (*Klensch*), *Jur.* 1986, p. 3477.

vrouw ‘dwingend recht’ is, ‘zodat het verbod van discriminatie tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers niet slechts geldt voor overheidshandelingen, doch eveneens van toepassing is op alle overeenkomsten die een collectieve regeling van arbeid in loondienst inhouden, alsmede op contracten tussen particulieren.’²⁷ Nu kan daar natuurlijk tegen in worden gebracht, dat het Hof in *Defrenne II* daarvoor een grondslag in het EG-Verdrag kon vinden. Maar als we de tekst van die verdragsbepaling nauwkeurig bestuderen, dan valt op dat van een ‘verbod’ geen sprake is. De lidstaten ‘dragen er zorg voor’ dat ‘het beginsel van gelijke beloning’ ‘wordt toegepast’. Dat een ‘beginsel’ horizontale rechtstreekse werking kan hebben, is dus niet iets wat het Hof in *Mangold* heeft uitgevonden, maar is terug te voeren op rechtspraak van dertig jaar geleden.

Ook kan op de bekende zaak *Bosman* worden gewezen, waarin Bosman met succes een beroep deed op de regels van het vrij verkeer van personen ter betwisting van de rechtmatigheid van de transferregels van de UEFA.²⁸ Of neem Angonese die solliciteerde bij een particuliere bankinstelling te Bolzano, in het tweetalige deel van Italië. Hem werd de toegang tot de sollicitatieprocedure ontzegd, omdat hij niet in het bezit was van een bepaald diploma waaruit zijn tweetaligheid zou blijken. Angonese vocht deze beslissing van de bank aan bij de Italiaanse rechter door een beroep te doen op de bepalingen betreffende het vrije verkeer van werknemers. Zo zou het door de bank gewenste tweetaligheidss attest in strijd zijn met het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, zoals dat is neergelegd in art. 39 EG. Gelet op het fundamentele belang van dit verbod kwam het Hof in deze zaak tot de conclusie dat het ook van toepassing is op particulieren.²⁹

Kortom, er is een bestendige lijn in de rechtspraak te ontwaren, die inhoudt dat enkele fundamentele beginselen van Europees recht – gelijke behandeling man/vrouw bij beloning, verbod van discriminatie op grond van nationaliteit – inroepbaar zijn voor de rechter, niet alleen in de relatie particulier-overheid, maar ook tussen particulieren onderling. *Mangold* is dus in dit opzicht niet eens zo bijzonder.

8.7 Het verbod van leeftijdsdiscriminatie als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht

Eindelijk komen we dan aan bij de kernvraag: wat is nu in wezen de juridische grondslag van dit verbod van leeftijdsdiscriminatie in de arbeidsverhouding *Mangold-Helm*? Is de grondslag wellicht te vinden in art. 13 lid1 EG? Zoals hierbo-

27 Zie met name rechtsoverweging 39.

28 HvJ EG 15 december 1995, zaak C-415/93, *Jur.* 1995, p. I-4921 (*Bosman*).

29 HvJ EG 6 juni 2000, zaak C-281/98, *Jur.* 2000, p. I-4139 (*Angonese*).

ven reeds is aangegeven, bevat art. 13 EG geen rechtstreeks werkend verbod, maar schept het slechts de bevoegdheid voor de Europese wetgever om de nodige maatregelen te nemen ter bestrijding van deze vormen van discriminatie. Als het Hof de rechtsgrondslag voor het verbod van leeftijdsdiscriminatie in art. 13 EG zou hebben gevonden, dan was er inderdaad voldoende reden om verontwaardigd te zijn en het Hof te beschuldigen van *contra legem*-interpretatie van art. 13 EG. Het Hof zoekt en vindt de rechtsgrondslag echter ergens anders. In rechtsoverweging 74 van de uitspraak lezen we dat de oorsprong van dit verbod is te vinden ‘in diverse internationale instrumenten en de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten’. Nu heeft het Hof dit niet zelf bedacht, dan wel uit de hoge hoed getoverd,³⁰ maar heeft het, blijkens r.o. 74 in de zaak *Mangold*, aangeknoopt bij de tekst van de punten 1 en 4 van de preambule van richtlijn 2000/78/EG:

‘(1) Overeenkomstig artikel 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie is de Europese Unie gegrondvest op de beginselen van vrijheid, democratie, eerbiediging van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, en van de rechtsstaat, welke beginselen de lidstaten gemeen hebben, en eerbiedigt de Unie de grondrechten, zoals die worden gewaarborgd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en zoals die uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten voortvloeien, als algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht.

(...)

(4) Gelijkheid voor de wet en bescherming van een ieder tegen discriminatie is als universeel recht erkend door de Universele Verklaring van de rechten van de mens, door het Verdrag van de Verenigde Naties inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen, door de Internationale Verdragen van de Verenigde Naties inzake burgerrechten en politieke rechten, respectievelijk inzake economische, sociale en culturele rechten, en door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, die door alle lidstaten zijn ondertekend; Verdrag nr. 111 van de Internationale Arbeidsorganisatie verbiedt discriminatie op het terrein van arbeid en beroep.’

Blijkbaar heeft de Raad dus zelf de opvatting dat een dergelijk verbod bestaat en dat de richtlijn dus niet zelf het verbod creëert,³¹ maar enkel de bestrijding van

30 Vgl. X. Groussot, *Creation, Development and Impact of the General Principles of Community Law: Towards a jus commune europaeum?* (diss. Lund), 2005, p. 40: ‘Principles don’t fall from heaven.’ Vgl. eveneens Gil Carlos Rodríguez Iglesias, ‘Reflections on the General Principles of Community law’, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 1999, p. 1-16, op p. 15-16. Deze voormalig president van het Hof van Justitie is de mening toegedaan dat rechtsvinding m.b.t. de algemene beginselen van gemeenschapsrecht een strikt juridische aangelegenheid is en dat dit proces van rechtsvinding niet als een ongeoorloofde vorm van rechterlijk activisme mag worden beschouwd.

31 De richtlijn zelf, in haar operationale bepalingen, bevat dan ook nergens met zoveel woorden ‘een verbod op discriminatie’.

leeftijdsdiscriminaties faciliteert. Het Hof doet in feite niet meer dan aanknopen bij deze opvatting van de Raad vermeld in art. 1 van de richtlijn en komt tot de conclusie dat deze richtlijn *enkel* tot doel heeft ‘een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid’.

Aan de andere kant kan men zich afvragen of het Hof zich er hier toch niet te gemakkelijk van afmaakt. Want zo duidelijk is het internationale recht niet over leeftijdsdiscriminatie. De in de preambule vermelde internationale rechtsbronnen bevatten inderdaad een verbod van discriminatie, maar zwijgen over leeftijd. Zo wordt in art. 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten leeftijd niet genoemd als non-discriminatiegrond. De toevoeging in de laatste zin ‘of andere status’ geeft echter aan dat ook leeftijd als non-discriminatiegrond onder dit verdrag zou kunnen vallen.³² Over het nationale constitutionele recht valt hetzelfde te zeggen. In vele grondwetten wordt discriminatie verboden, maar zwijgen de teksten over ‘leeftijd’ als verboden onderscheidingscriterium.³³ Het is dan ook niet echt verwonderlijk dat de preambule van richtlijn 2000/78/EG niets vermeldt over de constitutionele tradities³⁴ van de lidstaten op dit punt.

Maar ook als we aannemen dat er zoiets bestaat als een algemeen rechtsbeginsel van gemeenschapsrecht dat leeftijdsdiscriminatie verbiedt en dat de harde kern ervan rechtstreekse werking bezit, ook in particuliere rechtsverhoudingen, dan is nog niet aanstonds duidelijk dat de Duitse wetgeving in *Mangold* daarmee in strijd is. Volgens mij had het Hof dan ook duidelijk moeten maken dat de Duitse wetgeving niet alleen in strijd komt met art. 6 lid 1 van richtlijn 2000/78/EG, maar ook met het algemene rechtsbeginsel dat leeftijdsdiscriminatie verbiedt. Die twee normen zijn toch niet hetzelfde? Strijd met art. 6 lid 1 van richtlijn 2000/78/EG³⁵ levert niet noodzakelijkerwijs een ‘manifeste’³⁶ schending van het algemene gelijkheidsbeginsel op. Door dit na te laten wekt het Hof de schijn, dat het – gevangen door zijn eigen rechtspraak over de niet-horizontale werking van richtlijnen – deze rechtspraak heeft willen omzeilen.

32 Ook uit zaken die in Nederland zijn gevoerd, blijkt dat leeftijd als non-discriminatiegrond valt onder dit artikel van het IVBPR; zie bijvoorbeeld CRvB 25 januari 2005, LJN: AS4163. Vgl. ook Nationale ombudsman, 25 juli 1997, AB 1997/342 (m.nt. PJS).

33 Vgl. art. 1 van de Nederlandse Grondwet. Art. 1 verbiedt discriminatie ‘of op welke grond ook’.

34 Zoals bekend zijn de ‘constitutionele tradities’ van de lidstaten eveneens bron van de communautaire rechtsbeginselen; vgl. de tekst van art. 6 lid 2 EU-Verdrag.

35 Of beter: met het in de richtlijn neergelegde evenredigheidsbeginsel!

36 Het begrip is (zie voetnoot 16) van Timmermans.

8.8 Conclusie

De uitspraak van het Hof van Justitie in *Mangold* is belangrijk voor de doorwerking van algemene rechtsbeginselen in het algemeen³⁷ en de inroepbaarheid van het verbod van leeftijdsdiscriminatie in het nationale arbeidsovereenkomstenrecht in het bijzonder. Veel van de op dit arrest geleverde kritiek kan ik niet delen. Dat de Raad, als Europese wetgever, ook gebonden is aan de algemene beginselen van gemeenschapsrecht, vloeit voort uit de *rule of law*, zo blijkt ook uit art. 6 van het EU-Verdrag. Dat richtlijnen in sommige gevallen ‘slechts’ de functie hebben om de nakoming van verplichtingen te faciliteren, in plaats van nieuwe verplichtingen te creëren, is ook niet bijzonder. Evenmin is het schokkend dat het Hof de mening is toegedaan dat algemene beginselen van gemeenschapsrecht rechtstreekse werking kunnen bezitten en ook kunnen worden ingeroepen als ‘zwaard’ en als ‘schild’ in zuiver privaatrechtelijke verhoudingen. Dat er een algemeen beginsel van gelijke behandeling bestaat in het gemeenschapsrecht is ook niet nieuw. Tevens is door de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam bevestigd dat leeftijd een suspect onderscheidingscriterium is in het Europese recht. Dit alles tegen de achtergrond van de algemene internationaalrechtelijke en nationaal-constitutionele verplichtingen tot gelijke behandeling lijkt me inderdaad voldoende, zo ook het Hof van Justitie, om tot de conclusie te komen dat er zoiets bestaat als een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht dat leeftijdsdiscriminatie verbiedt, met een harde kern waarop ook in privaatrechtelijke verhoudingen een beroep kan worden gedaan ter betwisting van nationale wetgeving die met dat beginsel in strijd is. Maar dat verklaart nog niet waarom de Duitse wetgeving *daarmee* in strijd is. Dat de Duitse wetgeving in strijd wordt geacht met art. 6 lid 1 van richtlijn 2000/78/EG is *daarvoor* een onvoldoende motivering.

De gevolgen van deze uitspraak voor het sociaalezekerheidsrechtsrecht zullen dan ook met spanning worden afgewacht.

37 Want ik neem vooralsnog aan dat de benadering in *Mangold* in beginsel ook toepasbaar is op alle andere algemene beginselen van gemeenschapsrecht.

De gevolgen van het Europese burgerschap voor de nationale socialezekerheidsstelsels: gelijke behandeling, vrij verkeer en/of solidariteit? (1998-2006)

Herman Voogsgeerd

9.1 Inleiding

De rechtspraak van het Europese Hof van Justitie is niet alleen van groot belang voor het socialezekerheidsrecht voor zover deze de uitleg van de coördinatieregels in de verordening 1408/71 betreft. Ook de rechtspraak op het gebied van de vier vrijheden is belangrijk voor dit rechtsgebied. In de periode van 1998 tot 2006 heeft het Hof van Justitie enkele veelbesproken arresten gewezen, die als een derde belangrijke categorie kunnen worden gezien. Dit betreft arresten met betrekking tot de bepalingen over het Europese burgerschap (art. 17 en 18 EG) in samenhang met de algemene verplichting tot non-discriminatie op grond van nationaliteit (art. 12 EG). In zijn artikel over het arrest *Martínez Sala* oordeelt Van der Steen, dat er voortaan geen onderscheid meer zou zijn tussen werkenden en niet-werkenden “voor het ecarteren van rechtstreekse nationaliteitsdiscriminatie van gemeenschapsonderdanen op het gebied van de sociale zekerheid”.¹ Recentelijk betoogt De Waele dat het Hof in de zaak *Troiani* er niet in geslaagd is de vrees van de lidstaten voor sociaal toerisme weg te nemen. Europese burgers zouden als paard van Troje nationale socialezekerheidsstelsels kunnen bedreigen.² Meer recentelijk betogen Slot en Bulterman dat de rechtspraak van het Hof van Justitie over art. 18 EG een duidelijke uitbreiding van zowel de personele als de materiële werkingssfeer van het EG-recht tot gevolg heeft gehad.³ Qua toetsingssystematiek zou art. 18 EG nauwelijks meer te onderscheiden zijn

1 I. van der Steen, *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* 1998, p. 165.

2 H. de Waele, ‘Vrij verkeer van personen en het recht op sociale uitkeringen: de Europese burger als paard van Troje’, *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* 2004, p. 321.

3 M.K. Bulterman & P.J. Slot, ‘Harmonisatie van wetgeving betreffende migrerende EU-burgers en derdelanders: op weg naar een uniform toetsingskader?’, *SEW* 2005, 67, p. 352.

van de vier vrijheden. Interessant is in dit verband de zaak *Tas-Hagen*⁴, waarin de A-G Kokott op 30 maart 2006 een conclusie heeft gegeven. In deze zaak kan het discriminatieverbod van art. 12 EG, dat strikt beperkt is tot het criterium nationaliteit, niet toegepast worden omdat het gaat om een Nederlander die vanwege zijn woonplaats in Spanje geen aanspraak kan maken op een Nederlandse uitkering inzake de WUBO, de Wet uitkeringen burger-oorlogsslachtoffers 1940-1945. Op de datum van de indiening van de aanvraag moet betrokkene in Nederland wonen. Is deze eis in overeenstemming met art. 18 EG?

De vraag die ik hieronder aan de orde wil stellen, is of er op het gebied van de sociale zekerheid nog een helder en hanteerbaar onderscheid mogelijk is tussen economisch actieve en niet-actieve migranten. Ik wil mij daarbij richten op twee leerstukken. Ten eerste het leerstuk van de materiële werkingssfeer. Moet het begrip ‘materiële werkingssfeer van het EG-Verdrag’ als een ondeelbaar begrip worden gezien, dat zowel voor economisch actieve als voor niet-actieve migranten geldt? Ten tweede het leerstuk van de gelijke behandeling, in het bijzonder dat van de vergelijkbaarheid. Wanneer is een Europese burger precies vergelijkbaar met een onderdaan van een land? Hieronder zal betoogd worden dat op het gebied van de sociale zekerheid zeker niet zonder meer uit moet worden gegaan van een volledige gelijkstelling van werkenden en niet-werkenden. Een nieuw criterium, waarbij de lidstaten de nodige vrijheid behouden, komt sterker uit de verf: het criterium van de benodigde ‘band met de geografische arbeidsmarkt’ of ‘band met de rechtsorde’ van de staat waarnaar de Europese burger migreert. Hieronder ga ik op relevante rechtspraak van het Hof van Justitie in. Pas in de conclusie kom ik terug op de recente zaak *Tas-Hagen*. Bij de selectie van de rechtspraak beperk ik me uiteraard tot zaken op het gebied van de sociale zekerheid.

9.2 Vrij verkeer, non-discriminatie en Europees burgerschap

Het Hof van Justitie heeft een ruime uitleg gegeven aan de reikwijdte van de bepalingen betreffende het vrije verkeer. Zo hebben migrerende werknemers bijvoorbeeld recht op zogenaamde sociale voordelen op grond van art. 7 lid 2 van de verordening 1612/68. Ook het begrip sociale voordelen is door het Hof zeer ruim uitgelegd. Als argument voor deze ruime uitleg worden het meest genoemd het verhinderen van elk afschrikwekkend effect op vrij verkeer van werknemers en het zo optimaal mogelijk integreren van de migrerende werknemer in het gastland. Maar ook art. 12 EG kent een lange geschiedenis. Het Hof heeft art. 12 EG (en de voorgangers art. 6 EG en art. 7 EEG) gebruikt voor personen, van wie de

4 Zaak C-192/05.

economische band met één van de vier vrijheden onvoldoende duidelijk was geconstrueerd of uitgekristalliseerd.⁵

Met het Verdrag van Maastricht (1993) zijn ook de bepalingen over het Europese burgerschap in werking getreden. Deze bepalingen lijken op het eerste gezicht niet veel meer in te houden dan een recht om vrij te reizen en te verblijven in de gehele Gemeenschap en een aantal in het Verdrag expliciet genoemde andere rechten.⁶ In art. 17 lid 1 EG staat uitdrukkelijk dat het Europese burgerschap niet in de plaats komt van het nationale burgerschap, maar daaraan aanvullend is.⁷ Het tweede lid van het artikel kent de vage bepaling: “De burgers van de Unie genieten de rechten en zijn onderworpen aan de plichten die bij dit Verdrag zijn vastgesteld.” Gezien de tekst kunnen deze bepalingen betreffende het Europese burgerschap niet echt indrukwekkend genoemd worden, zeker in vergelijking met het al bestaande art. 12 EG. Het nieuwe burgerschap zet veeleer de jurisprudentielijn van art. 12 EG voort, dan dat het daar radicaal nieuwe elementen aan toevoegt. Laat staan dat deze bepalingen qua uitleg zou kunnen gaan convergeren met de rechtspraak met betrekking tot de economische vrijheden.

Bij de economisch getinte vier vrijheden gaat het om het opbouwen en handhaven van een interne markt en bij de bepalingen betreffende het burgerschap om beginselen van solidariteit. De eerste soort bepalingen gaan verder dan een discriminatieverbod op grond van nationaliteit, terwijl de tweede soort bepalingen qua uitleg vooralsnog beperkt blijven tot een discriminatieverbod op grond van nationaliteit. De maatstaf van toetsing blijft de behandeling van de eigen onderdanen door het nationale recht, deze behandeling dient ook te worden toegepast op Europese burgers die aan bepaalde voorwaarden voldoen. De tweede soort bepalingen wordt gekenmerkt door het oprekken van de werkingssfeer van het nationale recht ten gunste van Europese burgers die een zekere band met de gaststaat hebben. Die benodigde band is echter wel een essentieel element.

9.3 Gewezen werknemers

De vraag is hoelang de rechten uit het werknemerschap op basis van art. 39 EG nog doorwerken nadat de betreffende persoon geen werknemer meer is. In 1998 werd de zaak *Martínez Sala* gewezen.⁸ Art. 18 EG lijkt in deze zaak als een soort

5 Een van de beroemdste zaken die op basis van dit artikel is gewezen, is de zaak *Gravier*, HvJ EG 13 februari 1985, zaak 293/83, *Jur.* 1985, p. 593. Een studente met de Franse nationaliteit moest vanwege het volgen van universitair onderwijs in België aldaar een bijdrage betalen, die de Belgische studenten niet hoefden te betalen. Het HvJ EG kwalificeerde dit als een verboden discriminatie op grond van nationaliteit.

6 Hierbij moet inmiddels ook gedacht worden aan rechten op basis van EG-richtlijnen.

7 Het HvJ EG spreekt echter niet over de aanvullende aard van het Europese burgerschap ten opzichte van het nationale burgerschap, maar van Europees burgerschap als de ‘primaire hoedanigheid van de migrerende burger’.

8 HvJ EG 12 mei 1998, zaak C-85/96, *Jur.* 1998, p. I-2691.

reservebepaling te zijn gebruikt, omdat art. 39 EG geen uitkomst kon bieden. De Spaanse Martínez Sala verbleef al lange tijd in Duitsland en had daar ook verschillende baantjes vervuld. Zij ontving een bijstandsuitkering in de Duitse deelstaat Beieren. Toen zij verzocht om een kinderbijslaguitkering na de geboorte van haar dochter werd haar dit door de Beierse autoriteiten geweigerd. Zij beschikte niet over de Duitse nationaliteit en zij kon ook geen formele verblijfsvergunning overleggen, hoewel zij wel legaal in Duitsland verbleef. Het Hof van Justitie constateerde dat een werknemerschap in het verleden effecten kan produceren na afloop van de arbeidsrelatie.⁹ Het is moeilijk te beoordelen of dit specifieke element van invloed is geweest op de rechtsvinding in *Martínez Sala*. Volgens Van der Mei zou er op dit punt een verschil kunnen zijn tussen het onvrijwillig en het vrijwillig werkloos worden.¹⁰ In het laatste geval zouden er minder effecten overblijven. Het Hof gaat niet in op de effecten van het eerdere werknemerschap, maar wel op de fundamentele betekenis van het Europese burgerschap.¹¹

Het Hof verwijst in het arrest naar de materiële werkingssfeer van art. 7 lid 2 van de verordening 1612/68 betreffende het vrije verkeer van werknemers om vervolgens deze uitleg van de materiële werkingssfeer ook toe te passen op iemand als Martínez Sala. Dit is verwarrend, omdat het lijkt alsof de materiële werkingssfeer van art. 39 EG ook wordt gebruikt voor Europese burgers. Dit is echter niet zonder meer het geval. De uitleg van art. 7 lid 2 is slechts nodig voor het vaststellen van de materiële werkingssfeer “van dit Verdrag”, zoals dat in art. 12 EG wordt genoemd. In *Martínez Sala* is mijns inziens echter niet de materiële werkingssfeer doorslaggevend in de rechtsvinding, maar wel het feit dat inwoners van Beieren/Duitsland ook geen verblijfsvergunning hoeven te overleggen voor het in aanmerking komen voor kinderbijslag. Nu mevrouw Martínez Sala al enige jaren legaal in Duitsland verblijft en daar ook eerder heeft gewerkt, is het niet toegestaan om haar anders te behandelen dan een Duitser. Ook niet wat betreft het in aanmerking komen voor de ouderschapsuitkering, omdat hier geen nadere voorwaarden en eisen gelden die aan mevrouw Martínez Sala tegengeworpen konden worden. De behandeling van Duitsers in Beieren is dus de maatstaf waaraan het geval van Martínez Sala getoetst behoort te worden. Nationale solidariteit wordt opgerekt met behulp van art. 12 en 18 EG.

9 Zie ook HvJ EG 27 november 1997, zaak C-57/96, *Jur.* 1997, p. I-6689 (*Meints*) en HvJ EG 6 november 2003, zaak C-413/01, *Jur.* 2003, p. I-13187 (*Ninni-Orasche*).

10 Zie A.P. Van der Mei, *Free Movement of Persons within the European Community*, Maastricht, 2001, p. 46. Zie ook p. 154 waarin hij het verdedigbaar acht de rechten op basis van art. 7 lid 2 Vo. 1612/68 te laten voortduren zolang de voormalige werknemer het op grond van art. 39 EG gegarandeerde verblijfsrecht in de gaststaat blijft behouden.

11 In het arrest *Ninni-Orasche* van 6 november 2003 gaat het HvJ EG wel in op het verschil tussen vrijwillige en onvrijwillige werkloosheid. Indien een kortdurende arbeidsovereenkomst bij voorbaat is aangegaan door de werknemer om daarna als gewezen werknemer te kunnen profiteren van een sociaal voordeel in de zin van een studiebeurs, dan kan dat een argument zijn om te spreken van vrijwillige werkloosheid.

12 A.P. Van der Mei, op.cit., p. 58-59.

Volgens Van der Mei hebben Europese burgers na dit arrest recht op gelijke behandeling “as regards all matters which may facilitate the exercise of their residence rights and the integration of their family into the society of the host State”.¹² Deze specifieke formulering lijkt op de door het Hof gebruikte ruime omschrijving van sociale voordelen.¹³ Het is de vraag of de uitleg van dit arrest zo ruim moet zijn. Het is naar mijn mening beslist niet zo, dat alle Europese burgers in gelijke mate recht hebben op uitkeringen volgens deze formulering. Dit zou namelijk inderdaad impliceren dat er nauwelijks nog verschil is tussen de bepalingen over het Europese burgerschap en die over de vier vrijheden. Ik ben het eerder eens met Barnard, die spreekt over een ‘spectrum’ van rechten naar gelang de duur van iemands verblijf in een lidstaat.¹⁴ Indien een Europese burger onder de personele en de materiële werkingssfeer van het EG-Verdrag valt, wil dat nog niet automatisch zeggen dat hij of zij recht heeft op alle sociale voordelen, waarop ook migrerende werknemers recht hebben. In *Martínez Sala* is er ‘slechts’ sprake van een discriminatieverbod in de zin van een gebod van nationale behandeling. Dit discriminatieverbod op grond van nationaliteit levert problemen op bij eigen onderdanen die het eigen land verlaten. In de zaak *Elsen*¹⁵ lijkt art. 18 EG opnieuw als een reservebepaling voor de vier economische vrijheden te worden gebruikt. Een vrouw met de Duitse nationaliteit, die met haar man en zoon in Frankrijk leefde, probeerde van de Duitse autoriteiten gedaan te krijgen de tijdvakken waarin ze voor haar opgroeiende zoon had gezorgd, te laten erkennen als Duitse tijdvakken van verzekering voor haar ouderdomspensioen. Volgens de geldende Duitse wetgeving kon deze erkenning niet plaatsvinden, omdat mevrouw Elsen met haar zoon in Frankrijk woonde en niet in Duitsland. Op art. 39 kon ze geen beroep doen, omdat ze in haar beroepsleven slechts in Duitsland had gewerkt en niet in Frankrijk, waar ze met haar gezin woonde. Bovendien had ze sinds 1981 niet meer gewerkt, terwijl de aanvraag om erkenning als *Kindererziehungszeit* in 1994 gedaan werd. Voor een geslaagd beroep op art. 39 EG is het economisch actief zijn in Frankrijk noodzakelijk. Gezien deze problemen gebruikt het Hof naast art. 39 EG ook art. 18 EG. Personen die gebruik hebben gemaakt van hun recht op vrij verkeer en verblijf in de EU mogen geen nadeel ondervinden van bepalingen van de lidstaat waar gewerkt is.¹⁶ Er is naar mijn mening in deze zaak nog een ander element van groot belang. Mevrouw Elsen wordt niet gediscrimineerd omdat zij de verkeerde nationaliteit

13 Ter vergelijking (ook in het Engels) “all those which, whether or not linked to a contract of employment, are generally granted to national workers primarily because of their objective status as workers or by virtue of the mere fact of their residence on the national territory and the extension of which to workers who are nationals of other Member States therefore seems suitable to facilitate their mobility within the Community.”

14 C. Barnard, ‘EU Citizenship and the Principle of Solidarity’, in: E. Spaventa en M. Dougan, *Social Welfare and EU Law*, Oxford en Portland, 2005, p. 166.

15 HvJ EG 23 november 2000, zaak C-135/99, *Jur.* 2000, p. I-10409.

16 Van der Mei, op.cit., p. 170, merkt op dat uit *Elsen* volgt dat art. 18 EG de bron van het verblijfsrecht van Elsen is. Het verblijfsrecht zou hiermee een constitutionele status hebben gekregen, p. 171.

heeft, maar omdat haar kind in Frankrijk woont en niet in Duitsland. Het lijkt er eerder op, dat het verplaatsen van de verblijfplaats in haar geval automatisch leidt tot het verlies van de mogelijkheid van erkenning van de bedoelde perioden. Nu dit wonen buiten Duitsland de ‘enige reden’ is, waarom zij de erkenning van de tijdvakken niet kan verkrijgen, grijpt het Hof in. Dergelijke eisen in verband met territorialiteit verdragen zich niet goed met de algemene principes waarop het EG-Verdrag berust. Een dergelijk soort redenering is bekend van de vier vrijheden. Dat mevrouw Elsen gewezen werknemster is zal hieraan niet vreemd zijn. De band met het Duitse socialezekerheidsstelsel is, gezien haar verleden, echter aanwezig. Ook in de zaak *Tas-Hagen* is sprake van een eigen onderdaan die is gaan wonen in een andere lidstaat. Het betreft iemand die ook een geruime tijd als ambtenaar in Nederland heeft gewerkt.

De benodigde band is minder stevig in de zaak *Grzelczyk*.¹⁷ Hier zou nog gesproken kunnen worden van een gewezen werknemer, hoewel de hoedanigheid van student dominant is. Volgens de A-G Alber zou Grzelczyk nog steeds als werknemer in de zin van art. 39 EG kunnen worden beschouwd. Het Hof gaat echter uit van de gegevens die de Belgische rechter aanlevert en beschouwt Grzelczyk niet meer als werknemer. Dat betekent dat slechts art. 18 jo. art. 12 EG uitkomst kon bieden, maar de status van gewezen werknemer kan op zijn minst indirect hebben meegespeeld. De moeilijke vraag hoelang de status van werknemer onder art. 39 EG nog doorwerkt nadat de economische activiteit is geëindigd, wordt echter voorkomen door de zaak op te lossen via art. 18 EG. De Franse student Grzelczyk, die al drie jaar in België studeerde en via kleinere baantjes en leningen zijn studie en verblijf financierde, diende gedurende het vierde en laatste studiejaar een aanvraag in voor een zogenaamde minimex. Dit is een sociale uitkering in het kader van een niet op premiebetaling berustend stelsel, waarmee wordt beoogd in het bestaansminimum te voorzien. De uitkering wordt hem geweigerd op grond van nationaliteit, het Hof accepteert dit niet.

Ook dit arrest heeft nogal wat storm doen opwaaien. Persoonlijk acht ik deze uitspraak niet echt opzienbarend. Het Hof van Justitie spreekt over het beginsel van de financiële solidariteit tussen de lidstaten, dat ertoe zou leiden dat de gaststaat België slechts voor een korte termijn, namelijk het vierde en laatste studiejaar van de betrokken Franse student, in een bestaansminimumuitkering zou moeten voorzien.¹⁸ De richtlijn 93/96/EG die voor studenten geldt, speelt een rol in de rechtsvinding. Het woord ‘redelijkheid’ in de preambule van de genoemde richtlijn wordt door het Hof opgepakt als handvat voor toetsing. Het Hof oordeelt dat het aanvragen van een bestaansminimumuitkering een belasting voor de publieke middelen van de gaststaat kan betekenen, maar in de specifieke situatie aan de orde in *Grzelczyk* is de belasting voor de publieke middelen ‘niet onredelijk’. Ili-

17 HvJ EG 20 september 2001, zaak C-184/99, *Jur.* 2001, p. I-6193.

18 P. VerLoren van Themaat, *Economisch Recht, Sociaal Recht en Economische Orde. Een Terreinverkenning*, *Geschriften voor de Vereniging van Arbeidsrecht*, nr. 7, 1982, heeft het belang van de trits vrijheid, gelijkheid, solidariteit uit de Franse revolutie voor de rechtsontwikkeling van de EG benadrukt.

opoulou en Toner noemen dit specifieke punt van het arrest “a very audacious interpretation” van de studentenrichtlijn.¹⁹ Het is mijns inziens eerder een signaal naar de Europese wetgever om op te passen met het opnemen van dit soort termen in de preambule van een richtlijn.

De materiële werkingssfeer wordt in dit arrest slechts in één enkele rechtsoverweging afgedaan (overweging 33). Iliopoulou en Toner wijzen op twee mogelijke interpretaties van deze overweging. De eerste is dat voortaan elke situatie van vrij verkeer (ook voor niet-economische redenen dus) binnen de materiële werkingssfeer van het EG-Verdrag voor art. 12 EG valt. De tweede is dat de materiële werkingssfeer van het verdrag voor art. 12 EG voor legaal in een andere lidstaat verblijvende Europese burgers gelijk staat aan de materiële werkingssfeer van het begrip ‘sociaal voordeel’ in de verordening 1612/68.²⁰ De tweede interpretatie is onjuist. Weliswaar hebben de lidstaten weinig vrijheid meer om te bepalen of iemand Europese burger is, maar dat hoeft nog niet te betekenen dat Europese burgers net als migrerende werknemers voor alle sociale voordelen in aanmerking komen. Dit is een te vergaande conclusie.

Ik deel wel het standpunt dat het begrip ‘materiële werkingssfeer van het verdrag’ een ondeelbaar begrip is. Maar is eenmaal een bepaalde uitkering binnen de materiële werkingssfeer van het verdrag gebracht, dan zegt dat op zich nog niets. Het punt van de materiële werkingssfeer is eerder van nevengeschiedt belang. Belangrijker zijn mijns inziens de verplichting tot gelijke behandeling ten opzichte van eigen onderdanen van een lidstaat en de benodigde band die een migrant nodig heeft met het gastland om met een eigen onderdaan vergelijkbaar te kunnen zijn. De gebruikte maatstaf in dit arrest is de behandeling van de eigen onderdanen door België. Nu zij de minimex zonder additionele voorwaarden verkrijgen, mogen deze voorwaarden niet gesteld worden aan Europese burgers met de nationaliteit van een andere lidstaat en in de omstandigheden van Grzelczyk, namelijk slechts voor een beperkte tijd ter overbrugging van de afronding van de studie. Opmerkelijk is wel dat het Hof, door zich te beroepen op het beginsel van financiële solidariteit *tussen de lidstaten*, het strikte kader van een toetsing aan gelijke behandeling verlaat. Het gelijkheidsbeginsel wordt als het ware verrijkt met het solidariteitsbeginsel. Barnard heeft in dit verband een onderscheid gemaakt tussen ‘nationale solidariteit’ en ‘transnationale solidariteit’.²¹ De laatste vorm zou naar tijdsduur en soort uitkering beperkter zijn. Slechts bij langdurig verblijf²² zou een migrant op volledige solidariteit met eigen onderdanen

19 A. Iliopoulou en H. Toner, annotatie bij het arrest Grzelczyk, *Common Market Law Review*, 39, 2002, p. 613. Ook S. Feenstra spreekt in zijn noot bij het arrest in RSV 2002/228, van een ‘opmerkelijk’ en ‘baanbrekend’ arrest, p. 963.

20 Iliopoulou en Toner, op.cit., p. 616-617.

21 C. Barnard, op.cit., p. 166.

22 Barnard noemt hier een periode van vijf jaar. Ook de richtlijn voor derdelanders 2003/109 gaat uit van een periode van vijf jaar, voordat een derdelander de status van ‘langdurig ingezetene’ verkrijgt.

23 HvJ EG 11 juli 2002, zaak C-224/98, *Jur.* 2002, p. I-6191.

mogen rekenen. Dit onderscheid in twee soorten van solidariteit is interessant. Het Gemeenschapsrecht heeft op beide soorten solidariteit invloed. Op nationale solidariteit in ieder geval via art. 12 EG en op transnationale solidariteit via art. 18 EG.

9.4 Werkzoekenden

In alle bovengenoemde situaties was er sprake van gewezen werknemers. Laten we eens kijken naar de werkzoekenden. Het EG-Verdrag beschermt uitdrukkelijk werkzoekenden in art. 39 lid 3. Werkzoekenden krijgen echter geen sociale voordelen. In de zaak *d'Hoop*²³ ging het om een typische uitkering voor werkzoekenden, de Belgische wachtuitkeringen. Jongeren, die nog nooit hebben gewerkt en die hun opleiding hebben afgesloten, kunnen op deze werkloosheidsuitkering een beroep doen. België stelt daarvoor wel de eis, dat de opleiding in België voltooid moet zijn. De Belgische studente d'Hoop had echter in Frankrijk haar opleiding afgesloten. Het Hof van Justitie acht deze voorwaarde te algemeen en exclusief. In principe mag een lidstaat een 'verband' eisen tussen degene die een beroep doet op de uitkering en de geografische arbeidsmarkt. De 'enkele voorwaarde' van de plaats waar het diploma is behaald zegt echter niets over deze band.

Lidstaten mogen natuurlijk het recht op bepaalde uitkeringen aan eisen verbinden, ook voor eigen onderdanen. In Britse regels wordt een 'gewoonlijk verblijf' op Brits grondgebied voor een bepaalde tijd geëist, om in aanmerking te komen voor een uitkering voor werkzoekenden. Mag deze eis dan ook aan Europese burgers tegengeworpen worden? Dit moest het Hof beantwoorden in de zaak *Collins*.²⁴ De uitkomst van het arrest is voor Collins in beginsel negatief: het recht op gelijke behandeling zoals neergelegd in art. 39 lid 2 EG, in samenhang gelezen met art. 12 en 18 EG (sic !), verhindert niet dat nationale wetgeving het recht op een uitkering voor werkzoekenden aan verblijfsvoorwaarden mag verbinden. Slechts de werkzoekende, die al voor een redelijke termijn werk heeft gezocht in het Verenigd Koninkrijk, heeft recht op zo'n uitkering.

Deze zaak ontstond naar aanleiding van een beroep van de in de Verenigde Staten geboren Collins op de bedoelde uitkering voor werkzoekenden. Collins bezit zowel de Amerikaanse als de Ierse nationaliteit. Eenmaal in het Verenigd Koninkrijk aangekomen vroeg hij binnen 8 dagen de uitkering aan. Deze werd hem geweigerd omdat hij niet gewoonlijk verbleef op het grondgebied van het Verenigd Koninkrijk. Hij had meer dan 17 jaar geleden wel in het Verenigd Koninkrijk gewerkt, maar deze periode is te lang geleden om hem nog als gewezen werknemer te kunnen beschouwen.

24 HvJ EG 23 maart 2004, zaak C-138/02, *Jur.* 2004, p. I-2703.

Dit arrest is interessant omdat hieruit blijkt dat het Europese burgerschap de materiële werkingssfeer van het EG-Verdrag toch kan verruimen. Het Hof legt de positie van werkzoekenden, ook geregeld in bijvoorbeeld art. 39 lid 3 EG, uit in het licht van art. 12 en 18 EG. In het licht van het Europese burgerschap kunnen, aldus het Hof, uitkeringen voor werkzoekenden niet langer buiten de werkingssfeer van het discriminatieverbod van art. 39 lid 2 EG blijven.²⁵ Maar een redelijke verblijfseis mag wel gesteld blijven. Kortom, het feit dat een bepaalde uitkering onder de materiële werkingssfeer valt, zegt nog niet alles.

Een volgende stap is gezet in het arrest *Troiani*.²⁶ In deze zaak gaat het opnieuw om de Belgische minimex, die dit keer wordt aangevraagd door een Fransman, die werkzaamheden in het kader van een persoonlijk re-integratieprogramma verrichtte in een opvangtehuis van het Leger des Heils. Hij kreeg voor die activiteiten beloning in natura en in zakgeld. Ook hier is dus eerst de vraag aan de orde of Troiani niet als werknemer in de zin van art. 39 EG kan worden beschouwd. Het Hof haakt aan bij het oude arrest *Bettray*,²⁷ dat de Nederlandse WSW betrof, en speelt de bal terug naar de vragenstellende nationale rechter. Deze moet beoordelen of de werkzaamheden van Troiani voldoende reëel en effectief zijn en of deze werkzaamheden deel uitmaken van de normale arbeidsmarkt.

Omdat dit gegeven door de nationale rechter moet worden bepaald, gaat het Hof ook in op de vraag of Troiani rechten heeft op basis van art. 18 jo. 12 EG. Volgens art. 1 van richtlijn 90/364/EG mogen de lidstaten het verblijfsrecht aan voorwaarden verbinden. Een van die voorwaarden is het beschikken over voldoende middelen van bestaan. Troiani vroeg echter de minimex aan, juist vanwege het ontbreken van dergelijke middelen. In een dergelijk geval heeft hij *in principe* niet het verblijfsrecht op basis van art. 18 EG. Het Hof laat het bij deze constatering niet zitten. Troiani had inmiddels een verblijfsvergunning voor de duur van maar liefst vijf jaar gekregen van de lokale autoriteiten te Brussel. Nu deze vergunning is verstrekt mag Troiani, zolang de vergunning niet is ingetrokken, niet anders worden behandeld dan Belgische onderdanen. Tot de intrekking van de vergunning wordt hij beschermd door art. 12 EG. Het is niet onmiddellijk duidelijk of de periode van vijf jaar in de rechtsvinding van het Hof een rol heeft gespeeld.

De opmerking van De Waele dat de Europese burger na deze zaak gezien moet worden als een paard van Troje en dat de lidstaten nu weinig andere opties meer hebben dan het verlagen van de eigen sociale uitkeringen, deel ik niet.²⁸ Het Hof blijft buitengewoon genuanceerd, maar met elk arrest wordt de lijn wel steeds meer geconsolideerd. De student Grzelczyk heeft recht op de minimex gedurende

25 Ik ga ervan uit dat deze materiële werkingssfeer dezelfde is als de 'materiële werkingssfeer van het verdrag'.

26 HvJ EG 7 september 2004, zaak C-456/02, *Jur.* 2004, p. I-7573.

27 HvJ EG 31 mei 1989, zaak 344/87, *Jur.* 1989, p. 1621.

28 H. de Waele, 'Vrij verkeer van personen en het recht op sociale uitkeringen: de Europese burger als paard van Troje', *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 2004, p. 321 en p. 325.

de periode van zijn laatste studiejaar. Troiani zou voor een langere periode ten laste komen van de Belgische sociale zekerheid, tenzij de verblijfsvergunning eerder zou worden ingetrokken. De aanvraag van een sociale uitkering of sociale bijstand mag als zodanig niet leiden tot uitzetting. Maar uitzetting blijft naar nationaal recht wel mogelijk, dit hangt af van de voorwaarden die het Belgische recht stelt voor intrekking van een eenmaal afgegeven vergunning. De verblijfstitel van Troiani berust op het nationale recht en het nationale recht bepaalt ook of en onder welke voorwaarden deze titel weer kan worden ingetrokken.²⁹ Het Hof ging niet in op het belangrijke punt dat de A-G Geelhoed aan de orde had gesteld: volgens hem is een Europese burger pas volledig vergelijkbaar met een eigen onderdaan van een lidstaat, indien zijn verblijfsvergunning voor onbeperkte duur is. Nu Troiani slechts over een tijdelijke verblijfsvergunning van vijf jaar beschikte, zou hij slechts gedeeltelijk vergelijkbaar met nationale onderdanen zijn.

Dit standpunt is interessant, omdat het criterium van de vergelijkbaarheid op dit punt gekoppeld zou kunnen worden aan de benodigde band die een werkzoekende dient te hebben met het gastland. Voor werkzoekenden is er geen transnationale solidariteit op basis van art. 18 EG, tenzij nationale behandeling op basis van art. 12 EG geboden is omdat de betrokkene een verblijfsvergunning heeft gekregen voor een lange tijd, zoals het geval Troiani laat zien. Voor personen die langer dan vijf jaar legaal in een gastland verblijven, is een volledige gelijke behandeling op basis van nationale solidariteit te verdedigen.³⁰ De aan de orde zijnde sociale uitkering moet dan wel onder de materiële werkingssfeer van het EG-Verdrag vallen. Gewezen werknemers hebben al een band met de (eigen) lidstaat opgebouwd, voor hen ligt het eenvoudiger. In het verlengde van de discussie tussen Wouter Bos en Elsbeth Ety in *NRC Handelsblad* van 8 en 14 februari 2006 zou men kunnen zeggen, dat transnationale en nationale solidariteit op een gegeven moment in elkaar overgaan.

9.5 Conclusie

Het kan niet zo zijn dat verduidelijkingen in de rechtspraak van het Hof van Justitie wat betreft de personele en de materiële werkingssfeer automatisch leiden tot het honoreren van rechten van Europese burgers op het gebied van de sociale zekerheid in alle gevallen. Er is nog steeds een band nodig met het betrokken socialezekerheidsstelsel en/of de betrokken geografische arbeidsmarkt. Dit criterium komt in recente rechtspraak sterker uit de verf. Barnard suggereert

29 De A-G Geelhoed had in zijn conclusie in de zaak *Troiani* nog wel geprobeerd om de situatie van een tijdelijke verblijfstitel van die van een recht op verblijf voor onbepaalde tijd te onderscheiden. Slechts in de laatste situatie zou de weigering om aan Troiani een uitkering te verstrekken het gevolg zijn van een verschil in nationaliteit (A-G Geelhoed, punt 73 van zijn conclusie).

30 C. Barnard, 'The Future of Equality Law: Equality and Beyond', in: *Liber Amicorum Bob Hepple*, 2004, p. 219. Zij spreekt in dit verband over een spectrum van situaties. Zie ook haar eerder aangehaalde publicatie over EU Citizenship, p. 166.

gevaaren voor hantering van het gelijkheidsbeginsel, nu er met verschillende stadia van gelijkheid wordt gewerkt.³¹ Deze gevaren zie ik niet, ze zijn inherent aan de hantering van een gelijkheidsbeginsel en het element van de vergelijkbaarheid daarin. De afwezigheid van een voldoende band impliceert onvoldoende vergelijkbaarheid tussen Europese burgers en onderdanen van de gaststaat.³²

Naar mijn mening zijn de rechtspraak van het Hof betreffende de vier vrijheden en die betreffende art. 12 jo. 18 EG nog wel degelijk uit elkaar te halen. Bij werknemerschap is een voldoende band met de rechtsorde van de gaststaat zonder meer gegeven. Bij het Europese burgerschap is die band niet automatisch gegeven. Uit de recente conclusie van de A-G Kokott in de zaak *Tas-Hagen* blijkt opnieuw dat het criterium van de band een essentiële rol speelt. Een woonplaatsseis kan gevraagd worden als bewijs van een voldoende band met de staat die de uitkering verstrekt. Een Nederlander die in een andere lidstaat woont, is dan niet vergelijkbaar met een Nederlander die in Nederland woont. Voor sommige uitkeringen mogen onder het Gemeenschapsrecht bovendien woonplaatsseisen gesteld worden.

Een woonplaatsseis mag echter niet willekeurig gesteld worden. Dan ligt een vergelijking met *d'Hoop* voor de hand, waar het criterium van het in België te behalen diploma 'te algemeen en te exclusief' werd beoordeeld. De nadruk in juridische analyses dient dan ook te liggen bij de benodigde band en niet bij woonplaats alleen. Het relevante criterium in de WUBO is de bijzondere solidariteitsplicht van het Nederlandse volk jegens de burger-oorlogsslachtoffers. Voor deze band is de door oorlogslidzaamte veroorzaakte invaliditeit belangrijk. Betrokkene heeft bovendien de Nederlandse nationaliteit verkregen en een geruim aantal jaren gewerkt als ambtenaar voor de gemeente Den Haag. Mij dunkt dat deze elementen genoegzaam de benodigde band aangeven. Het niet beschikken over een woonplaats in Nederland op het moment van de aanvraag van de uitkering zou aan de verstrekking van die uitkering niet meer in de weg mogen staan. In dat geval wordt deze voorwaarde te algemeen en te exclusief. Blijft over het element van de materiële werkingssfeer: het is nog niet zeker of een uitkering met een dergelijke aard zonder meer onder de werkingssfeer van het EG-Verdrag kan vallen.³³

31 C. Barnard, op.cit., p. 226-227.

32 Zie ook rechtsoverweging 29 van het arrest *Collins*.

33 Vergelijk het arrest *Even*, HvJ EG 31 mei 1979, zaak 207/78, *Jur.* 1979, p. 2019, waarin een uitkering in relatie met een pensioen wegens arbeidsongeschiktheid opgelopen tijdens een oorlogshandeling, noch onder de materiële werkingssfeer van de coördinatieverordening viel, noch een sociaal voordeel voor migrerende werknemers werd geacht. In *Even* ging het echter om een Fransman die een Belgische uitkering wilde, in *Tas-Hagen* gaat het om een Nederlander die een Nederlandse uitkering wil.

Het lontje van Lumey¹

Klaartje Wentholt en Heinrich Winter

10.1 Inleiding: doelstellingen van de Koppelingswet

In deze beschouwing staan we stil bij de relatie tussen het recht dat Frits Noordam het grootste deel van zijn werkzame leven heeft bestudeerd, het socialezekerheidsrecht, en het vreemdelingenrecht. Die relatie is sinds 1998 verankerd in art. 10 van de Vreemdelingenwet, doorgaans aangeduid als de Koppelingswet. In deze bijdrage willen wij die relatie nader beschouwen. Daarbij besteden we met name aandacht aan de vraag hoe – getuige literatuur en jurisprudentie – het invoegen van een nieuw principe in een bestaand rechtstelsel uitwerkt. Dat werken we nader uit voor het recht op bijstand, met name van minderjarigen.

De zogenoemde Koppelingswet trad op 1 juli 1998 in werking.² De bedoeling van de Koppelingswet was om, in aansluiting op het voeren van een meer restrictief vreemdelingenbeleid, aan vreemdelingen die niet legaal in Nederland verblijven, géén aanspraak te verlenen op allerlei voorzieningen. Aan het koppelingsbeginsel ligt de gedachte ten grondslag dat een vreemdeling die zich toegang heeft verschaft tot Nederland, maar die niet is toegelaten en die geen rechtmatig verblijf heeft, het land uit eigen beweging dient te verlaten. Het zou met dat uitgangspunt op gespannen voet staan wanneer de vertrekplichtige vreemdeling niettemin een uitkering of een andere voorziening zou kunnen krijgen. Het koppelingsbeginsel moet verder voorkomen dat de (nog) niet toegelaten vreemdeling een schijn van legaliteit zou kunnen verwerven en op basis daarvan een zodanige rechtspositie op kan bouwen dat hij uiteindelijk niet meer uitzetbaar blijkt te zijn.³

1 We hebben onze beschouwing niet zomaar een titel gegeven. We sluiten hiermee aan bij de rijke traditie die Frits heeft geïntroduceerd met semi-raadselachtige titels als ‘Het kontje van de wetgever’, of ‘We gaan iets nieuws doen’. We begeven ons daarmee natuurlijk wel op glad ijs, of, om in stijl te blijven, op het randje. Overigens, Van Lumey nam als watergeus Den Briel in, en legde daarmee de basis voor de uitbreiding van de Nederlandse opstand.

2 Wet tot wijziging van de Vreemdelingenwet en enige andere wetten teneinde de aanspraak van vreemdelingen jegens bestuursorganen op verstrekkingen, voorzieningen, uitkeringen, ontheffingen en vergunningen te koppelen aan rechtmatig verblijf van de vreemdeling in Nederland, *Stb.* 1998, 203.

3 TK 1994/95, 24 233, nr. 3, p. 2.

Het koppelingsbeginsel heeft vooral consequenties voor vreemdelingen die in Nederland verblijven in afwachting van een beslissing of een rechterlijke uitspraak. Zij zijn afgesloten van verstrekkingen, uitkeringen of voorzieningen, terwijl er vaak geen sprake is van illegaal verblijf.

10.2 De Koppelingswet nader beschouwd

In art. 10 van de Vreemdelingenwet 2000 (Vw 2000) is het uitgangspunt neergelegd dat een vreemdeling die geen rechtmatig verblijf heeft, geen aanspraak kan maken op verstrekkingen, voorzieningen en uitkeringen. Dat uitgangspunt is ook van toepassing op bij wet of algemeen bestuur aangewezen ontheffingen of vergunningen. In de socialezekerheidswetgeving komt dit uitgangspunt terug. Zo wordt de vreemdeling die geen rechtmatig verblijf in Nederland heeft, niet beschouwd als werknemer voor de werknemersverzekeringen. De wetgever heeft overigens op dit uitgangspunt in art. 10, tweede lid, Vw 2000 enkele uitzonderingen gemaakt. Van het eerste lid kan worden afgeweken indien de aanspraak betrekking heeft op het onderwijs, de verlening van medisch noodzakelijke zorg, de voorkoming van inbreuken op de volksgezondheid, of de rechtsbijstand aan de vreemdeling. Zo is er voor medisch noodzakelijke zorg aan ‘illegalen’ een budget, het Koppelingsfonds, beschikbaar gesteld om problemen in de zorg te voorkomen. Voorts hebben ook onrechtmatig hier te lande verblijvende vreemdelingen het recht op rechtsbijstand. Art. 48 van de Wet op de rechtsbijstand verklaart art. 10, eerste lid, Vw 2000 niet van toepassing op aanspraken op rechtsbijstand ingevolge die wet. Ook voor het onderwijs moest een uitzondering worden gemaakt omdat er, mede gelet op uit internationale verdragen voortvloeiende verplichtingen, een leerplicht bestaat in Nederland en de Nederlandse onderwijswetgeving voorziet in een recht op toegang tot alle vormen van onderwijs voor leerlingen onder de 18 jaar.⁴ Wel bepaalt art. 10, derde lid, Vw 2000 ten overvloede dat de toekenning van aanspraken geen recht op rechtmatig verblijf genereert.

In art. 11 Vw 2000 wordt een nader onderscheid aangebracht tussen verschillende soorten van rechtmatig verblijf.⁵ Rechtmatig verblijf garandeert namelijk nog niet het recht op een uitkering. De Vw 2000 kent verschillende categorieën ‘rechtmatig verblijvenden’. De ratio van dit begrip voor de vreemdelingenwetgeving houdt verband met de mogelijkheid tot gedwongen uitzetting. Zo verblijft een

4 ‘Niemand mag het recht op onderwijs worden ontnomen’, aldus art. 2, Eerste Protocol, EVRM. Daarnaast kan gewezen worden op art. 13, eerste en derde lid, IVESC en art. 28 en 29 IVRK.

5 De Koppelingswet is tot stand gekomen onder de oude Vreemdelingenwet (Vw (oud)). Dit beginsel is in art. 1b, 8b en 8c, van de Vw (oud) neergelegd. Bij het lezen van de parlementaire stukken dan wel oudere jurisprudentie zij de lezer dus gewaarschuwd dat naar oude Vw-bepalingen wordt verwezen. Inhoudelijk zijn de bepalingen met de inwerkingtreding van de Vw 2000 niet gewijzigd.

vreemdeling die een aanvraag heeft gedaan voor een asielvergunning rechtmatig in Nederland en zal hangende de aanvraag niet worden uitgezet. Uiteraard niet, omdat zolang nog niet op de asielaanvraag is beslist, niet duidelijk is of men in het land van herkomst te vrezen heeft voor vervolging of voor een mensonterende behandeling als bedoeld in art. 3 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Ook een vreemdeling die in beroep gaat tegen een afwijzing van zijn asielaanvraag heeft rechtmatig verblijf en kan niet worden uitgezet zolang er nog niet op het beroep is beslist.⁶

Art. 11 Vw 2000 verwijst naar art. 8 van de wet, waarin is neergelegd in welke gevallen de vreemdeling in Nederland rechtmatig verblijf houdt. Omdat in verschillende regelingen op het terrein van sociale zekerheid⁷ wordt verwezen naar art. 8 Vw 2000, wordt dit artikel hier integraal opgenomen.

Art. 8 Vreemdelingswet 2000

De vreemdeling heeft in Nederland uitsluitend rechtmatig verblijf:

- a. op grond van een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd als bedoeld in artikel 14;
- b. op grond van een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd als bedoeld in artikel 20;
- c. op grond van een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd als bedoeld in artikel 28;
- d. op grond van een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd als bedoeld in artikel 33;
- e. als gemeenschapsonderdaan zolang deze onderdaan verblijf houdt op grond van een regeling krachtens het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap dan wel de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte;
- f. in afwachting van de beslissing op een aanvraag tot het verlenen van de verblijfsvergunning, bedoeld in de artikelen 14 en 28, terwijl bij of krachtens deze wet dan wel op grond van een rechterlijke beslissing uitzetting van de aanvrager achterwege dient te blijven totdat op de aanvraag is beslist;
- g. in afwachting van de beslissing op een aanvraag tot het verlenen van de verblijfsvergunning, bedoeld in de artikelen 20 en 33, of tot het verlengen van de geldigheidsduur van de verblijfsvergunning, bedoeld in de artikelen 14 en 28, of een wijziging ervan, terwijl bij of krachtens deze wet of op grond

⁶ In beginsel, want indien een vreemdeling in bewaringsdetentie is genomen met het doel hem uit te zetten en hij tijdens de duur van die detentie een asielaanvraag indient, heeft het beroep tegen een afwijzende beslissing géén schorsende werking en als gevolg daarvan de vreemdeling géén rechtmatig verblijf in de zin van de Vw 2000.

⁷ Zie bijvoorbeeld art. 3, lid 3, Werkloosheidswet, art. 11 Wet werk en bijstand.

- van een rechterlijke beslissing uitzetting van de aanvrager achterwege dient te blijven totdat op de aanvraag is beslist;
- h. in afwachting van de beslissing op een bezwaarschrift of een beroepschrift, terwijl bij of krachtens deze wet of op grond van een rechterlijke beslissing uitzetting van de aanvrager achterwege dient te blijven totdat op het bezwaarschrift of het beroepschrift is beslist;
 - i. gedurende de vrije termijn, bedoeld in artikel 12, zolang het verblijf van de vreemdeling bij of krachtens artikel 2 is toegestaan;
 - j. indien tegen de uitzetting beletselen bestaan als bedoeld in artikel 64;
 - k. gedurende de periode waarin de vreemdeling door Onze Minister in de gelegenheid wordt gesteld aangifte te doen van overtreding van artikel 273a van het Wetboek van Strafrecht;
 - l. indien de vreemdeling verblijfsrecht ontleent aan het Associatiebesluit 1/80 van de Associatieraad EEG/Turkije.

De categorieën a en b zien op de verblijfsvergunning regulier voor bepaalde (a) dan wel onbepaalde (b) tijd. Dit gaat om vreemdelingen die hier zijn in verband met bijvoorbeeld gezinshereniging, studie, arbeid, medische behandeling. Dege-
nen met een verblijfsvergunning op de c- (voor bepaalde tijd) of d-grond (onbe-
paalde tijd), verblijven hier om asielgerelateerde redenen zoals een individuele
vervolgingsvrees of vanwege de algemene situatie in het land van herkomst.
Onder f, g en h wordt de situatie geregeld van hen die of in afwachting zijn van
een beslissing op hun reguliere of asielaanvraag, dan wel in bezwaar of beroep
zijn tegen een afwijzende beslissing, waarbij dit rechtmatig verblijf geeft als
gedurende de aanvraag-, bezwaar- of beroepsfase uitzetting achterwege dient te
blijven.⁸ In zijn algemeenheid geldt dat gedurende het bezwaar tegen een afwij-
zing van een aanvraag om een reguliere verblijfsvergunning en gedurende het
beroep tegen een afwijzing van een asielvergunning de uitzetting wordt geschorst
en er dus rechtmatig verblijf is. Hierop bestaan echter weer uitzonderingen, bij-
voorbeeld als het gaat om de afwijzing van een herhaalde asielaanvraag of de
vreemdeling in bewaringsdetentie is genomen (resp. art. 82, lid 2b en 73, lid 4,
Vw 2000). Categorie i betreft de vreemdelingen die in de zogenaamde ‘vrije ter-
mijn’ van drie maanden in Nederland verblijven. Het gaat hierbij veelal om fami-
liebezoek of vakantie. Onder j wordt de situatie geregeld van de vreemdeling aan
wie geen verblijf wordt toegestaan en die dus Nederland dient te verlaten, maar
die daartoe – tijdelijk – niet in staat is vanwege zijn gezondheidssituatie. Zo wor-
den hoogzwangere vrouwen niet uitgezet. Rechtmatig verblijf onder sub k, heeft
de vreemdeling die aangifte wil doen van mensenhandel. Tot slot worden met de

8 De hoofdlijn is dat tegen een afwijzing van een aanvraag om een reguliere verblijfsvergunning bezwaar en vervolgens beroep open staat. Het bezwaar heeft schorsende werking, het beroep niet. Tegen een afwij-
zing van een aanvraag om een verblijfsvergunning asiel staat beroep open, dat schorsende werking
heeft. Zowel in reguliere zaken als in asielzaken geldt dat het instellen van hoger beroep geen schor-
sende werking heeft.

categorieën e en l, de vreemdelingen bedoeld die hun verblijf rechtstreeks ontlenen aan of via het Gemeenschapsrecht. Ten gevolge van de meeromvattende beschikking verblijft een vreemdeling niet langer rechtmatig in Nederland, wanneer zijn aanvraag voor asiel (on)bepaalde tijd is afgewezen. Dat is anders wanneer er een vertrekmoratorium van toepassing is op grond van art. 45, lid 4, Vw 2000. De vreemdeling op wie dat besluit van toepassing is, wordt geacht rechtmatig verblijf in de zin van art. 8, onder j, te hebben.⁹

Voor het antwoord op de vraag of rechtmatig verblijf op grond van art. 8 Vw 2000 ook het recht op een socialezekerheidsuitkering meebrengt, is de *aard* van het rechtmatig verblijf van belang. De Koppelingswet gaat ervan uit dat vreemdelingen aan wie geen (langdurig) verblijf in Nederland is toegestaan, ook geen recht op collectieve voorzieningen zouden moeten hebben omdat dit een ‘rechtmatig tintje’ aan hun verblijf hier te lande zou geven.¹⁰ De gedachte is dat een vreemdeling die in afwachting is van de beslissing op zijn asielaanvraag tot het moment dat hij verzekerd is van toegestaan verblijf hier te lande, reeds de schijn van ‘volkomen legaliteit’ verwerft door, terwijl hij nog niet in Nederland is toegelaten, toch al uitkeringsrechten zou hebben. Zeker gelet op de gemiddelde duur van de behandeling van asielaanvragen, moet een dergelijke situatie van ‘gedoogschijn’ worden voorkomen. Dit geldt temeer indien er beroep wordt ingesteld tegen een afwijzende beslissing: men heeft dan al een negatieve uitkomst en hiermee strookt niet dat men toch, op gelijke voet als een Nederlander, rechten aan de socialezekerheidswetgeving kan ontlelen.

Art. 11 Vw 2000 bepaalt dat in beginsel alleen degene wiens aanvraag om een reguliere of een asielvergunning is ingewilligd, aanspraken op voorzieningen, verstrekkingen en uitkeringen heeft. Voor het overige is het afhankelijk van de specifieke regeling welke aanspraak rechtmatig verblijf bijvoorbeeld in de aanvraagfase oplevert. Zo heeft een vreemdeling die in afwachting is van een beslissing op een eerste asielaanvraag recht op opvangvoorzieningen en verstrekkingen.

10.3 Rechtmatig verblijf en het recht op bijstand

De hiervoor besproken uitgangspunten van de Koppelingswet zijn destijds ook –

9 In feite is daarmee een dertiende categorie rechtmatig verblijf gecreëerd. Zie ook: P. Minderhoud, *Vreemdelingen & Voorzieningen* 2001, p. 16.

10 Vóór de inwerkingtreding van de Koppelingswet was de situatie overigens niet dat vreemdelingen zonder verblijfsstatus zonder meer een recht op uitkering hadden; dit was afhankelijk van de specifieke regeling en de voor iedereen geldende uitkeringsvoorwaarden waaraan een ‘illegaal’ niet altijd kan voldoen; K. Wentholt, ‘Het sociale-zekerheidsrecht en de verblijfsstatus van vreemdelingen’, *SMA* 1995, p. 562-577.

inhoudelijk ongewijzigd – neergelegd in de Algemene bijstandswet (Abw). Op grond van art. 11, lid 2 van de op 1 januari 2004 in werking getreden Wet werk en bijstand (Wwb), heeft de houder van een verblijfsvergunning voor (on)bepaalde tijd asiel of regulier recht op bijstand.

Artikel 11 Wwb

1. Iedere Nederlander die hier te lande in zodanige omstandigheden verkeert of dreigt te geraken dat hij niet over de middelen beschikt om in de noodzakelijke kosten van het bestaan te voorzien, heeft recht op bijstand van overheidswege.
2. Met de Nederlander, bedoeld in het eerste lid, wordt gelijkgesteld de hier te lande verblijvende vreemdeling die rechtmatig in Nederland verblijf houdt in de zin van artikel 8, onderdelen a tot en met e en l, van de Vreemdelingenwet 2000.
3. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen hier te lande verblijvende vreemdelingen, anders dan die bedoeld in artikel 8, onderdelen a tot en met e en l, van de Vreemdelingenwet 2000, voor de toepassing van deze wet met een Nederlander gelijk worden gesteld:
 - a. ter uitvoering van een verdrag dan wel een besluit van een volkenrechtelijke organisatie, of
 - b. indien zij, na rechtmatig verblijf te hebben gehouden in de zin van artikel 8, onderdelen a tot en met e en l, van de Vreemdelingenwet 2000, rechtmatig in Nederland verblijf hebben als bedoeld in artikel 8, onderdeel g of h, van die wet en zij aan de in die algemene maatregel van bestuur gestelde voorwaarden voldoen.
4. Het recht op bijstand komt de echtgenoten gezamenlijk toe, tenzij een van de echtgenoten geen recht op bijstand heeft.

Dit betekent dat recht op bijstand hebben degenen die in het bezit zijn van een verblijfsvergunning voor bepaalde of voor onbepaalde tijd (art. 11, sub a t/m e, Vw 2000), EU-onderdanen met uit dien hoofde EU-verblijfsrecht en degenen die verblijfsrecht ontleen aan het Associatiebesluit 1/80 van de Associatieraad EEG/Turkije. Vervolgens (het derde lid) is er een aantal vreemdelingen dat weliswaar geen verblijfsvergunning heeft, maar toch recht op bijstand heeft op grond van het Besluit gelijkstelling vreemdelingen Wwb (en Ioaw, Ioaz, WVG en WWIK). Dit gaat om de vreemdelingen die rechtmatig verblijf (als hiervoor bedoeld) hebben gehad en tijdig hebben verzocht om voortgezette toelating dan wel tijdig bezwaar of beroep hebben ingesteld tegen intrekking van de verblijfsvergunning. Op grond hiervan komen dus ook de vreemdelingen die hier een tijdelijk verblijfsrecht hebben vanwege de algemene situatie in het land van herkomst of in verband met studie, stage, medische behandeling e.d., in beginsel voor een bijstandsuitkering in aanmerking, zij het dat men nog moet voldoen aan de ook in de Wwb neergelegde voorwaarde van het ingezetenschap (art. 40 Wwb). Blijkens de *Verzamelbrief mei 2005* van de staatssecretaris van SZW van 29 april

2005, wil de regering een en ander zo restrictief mogelijk invullen. In deze brief valt de redenering te lezen dat iemand die hier slechts tijdelijk verblijf heeft, zijn woonstede in het buitenland heeft en dus niet voldoet aan het vereiste van het ingezetenschap.¹¹ Ook wil men nader onderzoeken of het gelet op internationale wetgeving mogelijk is een referte-eis voor vreemdelingen in de Wwb in te bouwen (rechten afhankelijk van de duur van het verblijf) en om hangende bezwaar en beroep tegen het ontzeggen van het recht op voortgezet verblijf geen aanspraak op bijstand toe te kennen.

Ook vóór inwerkingtreding van de Koppelingswet was de verblijfsstatus van belang voor het recht op een bijstandsuitkering. De vreemdeling zonder verblijfsvergunning kon geen aanspraak maken op bijstand, tenzij zijn verblijf werd gedoogd en door de korpschef aan het college van burgemeester en wethouders een schriftelijke verklaring was afgegeven dat er niet tot uitzetting zou worden overgaan. Ook in het geval tijdig een verzoek tot verlenging van de verblijfsvergunning was gedaan, bestond er aanspraak op een bijstandsuitkering. Van groot belang is dat in de bijstandswetgeving sinds jaar en dag geregeld was dat aan een persoon die géén recht op bijstand heeft, toch bijstand kan worden verstrekt indien *zeer dringende redenen* dat nodig maken. Hierop kon ook de vreemdeling zich beroepen.¹² De Koppelingswet veranderde dat. In art. 16, tweede lid, Wwb is nu bepaald dat de mogelijkheid om in geval van dringende redenen toch bijstand te verlenen aan iemand die geen rechthebbende daarop is, niet van toepassing is op vreemdelingen die niet op grond van de hiervoor genoemde regelingen rechthebbende zijn op een bijstandsuitkering.

Binnen de in art. 8 Vw 2000 genoemde categorieën rechtmatig verblijvende vreemdelingen, kan aldus de volgende onderverdeling worden aangebracht:

- Vreemdelingen, als bedoeld in art. 8, sub a t/m d, e en l, die rechtmatig verblijf hebben én tevens recht hebben op een bijstandsuitkering;
- Vreemdelingen, als bedoeld in art. 8, sub i, die rechtmatig verblijf hebben gedurende de vrije termijn van drie maanden, maar die géén aanspraak hebben op een bijstandsuitkering, hetgeen – gelet op de ratio van de bijstandsuitkering – ook voor de hand ligt;
- Vreemdelingen, als bedoeld onder art. 8, sub j en k, die geen recht hebben

11 De vraag naar de verhouding tussen het begrip ‘ingezetenschap’ en ‘hoofdverblijf’ is van belang in verband met de realiteitswaarde van deze wens van de regering. Iemand die zijn hoofdverblijf niet in Nederland heeft, zal überhaupt geen verblijfsvergunning alhier krijgen. Voorts is het vestigen van een hoofdverblijf buiten Nederland, zie art. 22 en 32 van de Vw 2000, een intrekkinggrond. Overigens kan zich nog een complicatie voordoen bij degene met een reguliere vergunning die een bijstandsuitkering aanvraagt, omdat hij hiermee niet langer voldoet aan de voorwaarde dat een vreemdeling die in ons land wil verblijven de beschikking moet hebben over voldoende middelen van bestaan en geacht wordt geen beroep op de publieke middelen te doen.

12 Zie: F.M. Noordam, *Inleiding Sociale-zekerheidsrecht*, tweede druk, Deventer: Kluwer 1994, p. 271-272.

- op bijstand, maar wel op een voorliggende voorziening op grond van een regeling over opvang en overige verstrekkingen;
- Vreemdelingen, als bedoeld in art. 8, sub f, g en h, die zijn verwikkeld in een procedure over hun aanvraag tot verlening van een verblijfsvergunning. Deze groep heeft wel rechtmatig verblijf, maar géén recht op een bijstandsuitkering.

In deze bijdrage spitsen wij ons vervolgens toe op de jurisprudentie die zich heeft ontwikkeld over de laatste groep, de vreemdelingen die *wel* rechtmatig verblijf hebben, op grond van art. 8, sub f, g en h, maar die *geen* recht kunnen doen gelden op een bijstandsuitkering.

10.4 Vreemdelingen in rechtsbeschermingsprocedures over verblijfsaanspraken

Over de positie van vreemdelingen die in een rechtsbeschermingsprocedure over verlening of verlenging van de verblijfsvergunning zijn verwikkeld en die een aanvraag indienen voor een bijstandsuitkering, is inmiddels enige jurisprudentie verschenen.

Vreemdelingen die zijn verwikkeld in een procedure over hun verblijfsaanspraken hebben géén recht op een bijstandsuitkering. In de literatuur werd al voorafgaand aan de goedkeuring door de Tweede Kamer van het wetsvoorstel Koppelingswet ingegaan op de vraag hoe de Koppelingswet zich verhoudt tot het in verschillende verdragen neergelegde discriminatieverbod omdat het onderscheid naar verblijfsstatus onderscheid naar nationaliteit meebrengt.¹³ Naar aanleiding van een tegen de Staat der Nederlanden aangespannen kort geding, oordeelde de President van de rechtbank 's-Gravenhage op 7 oktober 1998 dat onderdanen van verdragspartijen van het Europees Verdrag betreffende sociale en medische bijstand (EVSMB) voor de bijstandsverlening dienen te worden gelijkgesteld met Nederlanders indien zij rechtmatig in Nederland verblijven omdat zij verwikkeld zijn in de procedure over hun aanvraag tot het verlenen van een verblijfsvergunning.¹⁴ Het Gerechtshof oordeelde echter in hoger beroep anders. Bij uitspraak van 20 januari 2000 werd geoordeeld dat het in effect optredende onderscheid naar nationaliteit gerechtvaardigd werd door de wens van de staat een effectief

13 Zie onder meer P. E. Minderhoud, 'De koppeling van voorzieningen aan het verblijfsrecht van vreemdelingen', *Migrantenrecht* 1994, p. 185 e.v.

14 President rechtbank 's-Gravenhage, 7 oktober 1998, JV 1998/198, m.nt. Minderhoud.

en restrictief vreemdelingenbeleid te voeren. In cassatie is deze lijn bevestigd.¹⁵

In verschillende bestuursrechtelijke procedures werd namens de vreemdeling in procedure over zijn verblijfsaanspraken aangevoerd dat de uitsluiting van in procedure zijnde vreemdelingen strijd oplevert met het in art. 14 EVRM en art. 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke Rechten (IVBPR) neergelegde discriminatieverbod.¹⁶ In een zaak die leidde tot een uitspraak op 26 juni 2001 lag bij de Centrale Raad van Beroep (CRvB) de vraag voor of de wens van de wetgever te komen tot een restrictief vreemdelingenbeleid voldoende rechtvaardiging vormde voor het in de Koppelingswet gemaakte onderscheid naar nationaliteit.¹⁷ De CRvB stelt allereerst dat het in de Koppelingswet aangebrachte onderscheid een nationaliteitsgebonden karakter heeft, ook al vloeit uit de toepassing van de regelgeving voort dat bepaalde categorieën vreemdelingen niet anders worden behandeld dan Nederlanders. Voor deze vorm van onderscheid acht de Raad echter een toereikende rechtvaardiging aanwezig, waarbij wordt overwogen, dat: ‘de doelstelling van de koppelingswetgeving (...), te weten het wegnemen van de mogelijkheid om ondanks het ontbreken van een verblijfstitel aanspraak te maken op uitkeringen en verstrekkingen, hetgeen immers een aanzet kan vormen tot de voortzetting van, in beginsel, wederrechtelijk verblijf en uiteindelijk kan leiden tot een vorm van schijnlegaliteit wat de verblijfspositie betreft; dit mede ter ondersteuning van een consistent vreemdelingenbeleid, dat onder meer tot doel heeft degenen die geen toelating verkrijgen het land te doen verlaten. Het uitgangspunt van de koppelingswetgeving stuit wat zijn doelstelling en gehanteerd middel betreft bij de Raad dan ook in het algemeen niet op bedenkingen.’

Vervolgens maakt de CRvB een overgangsrechtelijk getinte opmerking door onderscheid te maken tussen vreemdelingen die vóór dan wel ná de inwerking-

15 Gerechtshof ‘s-Gravenhage 20 januari 2000, JABW 2000/40; HR 1 februari 2002, JABW 2002/32, JV 2002/118, m.nt. PEM. Het arrest van de Hoge Raad sluit aan bij een uitspraak van de Afdeling die oordeelde dat rechtmatig verblijf in de zin van art. 8, aanhef en onder f, Vw 2000 niet hetzelfde is als rechtmatig verblijf in art. 11 EVSMB. Opmerkelijk is overigens dat in een zaak die sterk op deze zaak leek, de president van de rechtbank ‘s-Gravenhage op 11 juli 2000 meende dat mogelijk wel sprake was van rechtmatig verblijf in de zin van het EVSMB, President rechtbank ‘s-Gravenhage 11 juli 2000, JV 2000/202, m.nt. PEM. In een latere zaak week dezelfde rechtbank weer af van dat standpunt: rechtbank ‘s-Gravenhage 26 maart 2001, JV 2001/127, m.nt. PEM. De voorzieningenrechter van de CRvB oordeelde in een vergelijkbaar geval dat het onderscheid naar nationaliteit als bedoeld in art. 26 IVBPR gerechtvaardigd is, ook voor de categorie vreemdelingen als bedoeld in art. 1b, aanhef en onder 3 Vw (oud): V.zr. CRvB 9 april 2002, «USZ» 2002/138.

16 Aangetekend zij dat art. 14 EVRM een accessoir karakter heeft: het discriminatieverbod heeft alleen betekenis wanneer in een geschil de schending van een andere norm, die ook in het verdrag zelf is geregeld, wordt ingeroepen. Uit de zaak Gaygusuz (NJCM-Bulletin, 1997/4 p. 461, e.v.) blijkt dat het EHRM werkloosheidsbijstand in Oostenrijk kwalificeert als eigendom in de zin van het Eerst Protocol bij het EVRM, waardoor terecht een beroep werd gedaan op het discriminatieverbod van art. 14 EVRM. Art. 26 IVBPR werkt rechtstreeks en kan direct worden ingeroepen.

17 CRvB 26 juni 2001, AB 2001, 277.

trekking van de Koppelingswet een verblijfsvergunning hadden aangevraagd en aan wie bijstand werd verleend omdat ze een verklaring van de korpschef hadden dat ze niet werden uitgezet en feitelijk niet over de middelen beschikten om in de noodzakelijke kosten van het bestaan te voorzien. Omdat hiermee aan deze categorie vreemdelingen dus al een ‘schijnlegaliteit’ was gegeven, die de Koppelingswet wil voorkomen, acht de CRvB het niet opportuun op grond van de Koppelingswet hun uitkering te beëindigen: ‘van een geschikt en noodzakelijk middel om het gestelde doel te bereiken kan naar het oordeel van de Raad voor deze groep niet worden gesproken, zodat het gemaakte onderscheid, leidend tot het teniet doen van de verworven rechtspositie, ten aanzien van deze gevallen, niet gerechtvaardigd kan worden geacht.’

Sindsdien komt in de jurisprudentie waarin een beroep wordt gedaan op het ten onrechte gemaakte onderscheid naar nationaliteit op grond van art. 26 IVBPR voortdurend de invoeringsdatum van 1 juli 1998 terug. Vreemdelingen die voor die datum reeds een uitkering op grond van de Abw ontvingen, en die in een rechtsbeschermingsprocedure waren verwickeld over hun toelating, behouden dat recht op bijstand ook na die datum.¹⁸

10.5 Kinderen van (rechtmatig verblijvende) vreemdelingen

Ook over een andere groep, vreemdelingen die op grond van *zeer dringende redenen* recht op bijstand claimen, wordt het nodige geprocedeerd. De Koppelingswet bepaalt dat de mogelijkheid om in dringende gevallen toch bijstand te verlenen aan niet-bijstandsgerechtigden, niet langer kan worden ingezet voor vreemdelingen. Dat uitgangspunt was overgenomen in art. 11 Abw en is nu opgenomen in de Wwb, in art. 16.

Artikel 16 Wwb

1. Aan een persoon die geen recht op bijstand heeft, kan het college, gelet op alle omstandigheden, in afwijking van deze paragraaf, bijstand verlenen indien zeer dringende redenen daartoe noodzaken.
2. Het eerste lid is niet van toepassing op andere vreemdelingen dan die, bedoeld in artikel 11, tweede en derde lid.

Art. 11 Abw werd evenwel niet toegepast in een uitspraak van de president van de rechtbank ‘s-Gravenhage, waarin deze tot de conclusie komt dat sprake is van een uitzonderlijke situatie, waarbij strikte wetstoepassing zou leiden tot een onredelijke uitkomst.¹⁹ Inderdaad was sprake van een bijzonder geval van een vreem-

18 Het ministerie moet derhalve ook de rijksvergoeding blijven bekostigen voor de continuering van bijstandsuitkeringen. Zie: rechtbank Zutphen 26 november 2003, JB 2004/39, m.nt. EvdL.

19 President rechtbank ‘s-Gravenhage 9 september 1998, JB 1998/267, m.nt. HJS.

delinge die gedurende een reeks van jaren als Nederlandse is beschouwd, maar dat niet bleek te zijn. De behandeling van een verzoek tot vaststelling van het Nederlanderschap ingevolge art. 17 RWN mag zij op grond van een beslissing van de staatssecretaris van Justitie in Nederland afwachten. Beëindiging van de bijstandsuitkering zou ook leiden tot stopzetting van de ziekenfondsverzekering, terwijl zij een gehandicapt kind heeft dat op voortdurende medische zorg is aangewezen.

De meeste aandacht trekken de geschillen waarin namens minderjarige vreemdelingen een beroep op bijstand wordt gedaan. De meeste van die jurisprudentie is van betrekkelijk recente datum. Dat heeft ongetwijfeld ook te maken met het feit dat het Internationaal Verdrag inzake de rechten van het kind (IVRK), waarop in deze rechtspraak een beroep wordt gedaan, zich in de rechtspraktijk nog (verder) moet uitkristalliseren.²⁰ Het relatief jonge kinderrechtenverdrag is in Nederland in 1995 in werking getreden. Rond verschillende van de bepalingen van het IVRK wordt gediscussieerd over de rechtstreekse werking daarvan. Ten aanzien van een minderjarig kind van de Nederlandse nationaliteit bepaalde de CRvB dat – nu hij onder het bijstandsniveau leeft en niet tegen ziektekosten is verzekerd – in het licht van art. 3, eerste en tweede lid en art. 27, derde lid, IVRK sprake is van zeer dringende redenen als bedoeld in art. 11 Abw.²¹ Maar in deze casus ging het om een minderjarig kind van de Nederlandse nationaliteit.²² Art. 11, tweede lid, Abw was daarom niet van toepassing. In zijn voorlopige voorzieningsuitspraak van 8 augustus 2005 oordeelde de voorzieningenrechter van de CRvB dat er geen reden is om het begrip ‘zeer dringende redenen’ in art. 16, eerste lid, Wwb anders uit te leggen dan dat in art. 11, eerste lid, Abw.²³ Belangrijker is echter of een vergelijkbare conclusie zou moeten worden getrokken ten aanzien van art. 16, tweede lid, Wwb: hoe moet besloten worden wanneer ouders, die zelf geen recht hebben op bijstand, verzoeken om de toepassing van art. 16, eerste lid, Wwb voor hun kinderen? De ouders van verzoekers zijn geen vreemdelingen in de zin van art. 11, tweede en derde lid, Wwb; evenmin geldt dat voor de minderjarige verzoekers zelf. De vertegenwoordiger van de gemeente stelt ter zitting dat voor verzoekers geldt dat sprake is van *zeer dringende redenen* in de zin van art. 16, eerste lid, Wwb. Maar het tweede lid van dat art. ver-

20 Zie G.C.A.M. Ruitenberg, *Het Internationaal Kinderrechtenverdrag in de Nederlandse rechtspraak*, Amsterdam: SWP 2003.

21 CRvB 29 maart 2005, RSV 2005/161. In uitspraken van 14 juni 2005 (LJN: AT 8038) en 5 juli 2005 (LJN: AT9963) komt de Raad tot dezelfde conclusie.

22 Datzelfde geldt voor de casus in CRvB 21 maart 2006, JV 2006/205, waarin de gemeente Delfzijl aan de minderjarige Nederlandse kinderen van ouders met de Kaapverdische nationaliteit bijstand verleent met toepassing van art. 11, lid 1, Abw. Overigens was in deze casus ook sprake van een niet-Nederlands minderjarig kind, maar wordt niet duidelijk of ook voor dat kind bijstand is verleend. De moeder heeft in ieder geval geen recht op bijstand, conform de lijn uit de uitspraken van de CRvB van 26 juli 2001.

23 V.zr. CRvB 8 augustus 2005, AB 2005, 420, m.nt. Van Wolde, JV 2005/368, Gst. 2005, 130, m.nt. Minderhoud.

zet zich naar het oordeel van de gemeente tegen bijstandsverlening. Maar, zo oordeelt de voorzieningenrechter, er is ‘een redelijke mate van waarschijnlijkheid dat de Raad laatstgenoemde bepaling in de hier aan de orde zijnde bodemzaken ten aanzien van verzoekers buiten toepassing zal moeten laten’. Hij baseert zich daarbij op de tekst van art. 2, eerste en tweede lid, 3, eerste en tweede lid, en 27, derde lid, IVRK en de op deze artikelen verschenen commentaren van het Comité voor de rechten van het kind. De in de Engelse verdragstekst voorkomende woorden “without discrimination of any kind, irrespective of the child’s or his or her parents or legal guardians (...) status” in art. 2, eerste lid, IVRK, bezien in samenhang met de andere zojuist genoemde bepalingen, wijzen er op dat het koppelingsbeginsel geen voldoende rechtvaardiging kan vormen voor het geheel uitsluiten van de mogelijkheid om uitsluitend ten behoeve van de minderjarige kinderen bijstand te verlenen in een situatie dat hun om deze bijstand vragende niet-recht-hebbende ouders zelf niet in staat zijn de kosten van voeding, kleding en andere essentiële, voor de minderjarige kinderen noodzakelijke kosten te betalen’.

Met een beroep op art. 2 IVRK – dat een verbod op discriminatie vanwege een bepaald verblijfsrecht vastlegt – krijgen de uitgangspunten van art. 3 en 27 IVRK betekenis voor alle kinderen, dus ook voor minderjarige vreemdelingen, van wie de ouders niet in staat zijn te voorzien in de noodzakelijke kosten. Het maken van onderscheid, ingevolge art. 16, tweede lid, Wvb is dan niet toegestaan. Omdat sprake is van strijdigheid met hogere rechtsregels dient deze bepaling daarom buiten toepassing te worden gelaten. Door verschillende rechtbanken is deze lijn inmiddels gevolgd.²⁴

In de bodemzaak bevestigt de CRvB het oordeel van de voorzieningenrechter.²⁵ Daarbij bepaalt de Raad dat art. 2, eerste lid, IVRK rechtstreekse werking heeft aangezien het gaat ‘om een onvoorwaardelijk en nauwkeurig bepaalbaar subjectief recht op non-discriminatie, op één lijn te stellen met de in art. 14 EVRM en art. 26 IVBPR neergelegde non-discriminatiebepalingen, welke bepalingen rechtstreekse werking hebben’. De Raad komt tot het oordeel dat maatregelen die in overeenstemming zijn te achten met in internationale regelgeving neergelegde non-discriminatiebepalingen juist vanwege de bijzondere beschermwaardigheid van kinderen in bepaalde situaties ten opzichte van kinderen in strijd kunnen komen met art. 2, eerste lid, IVRK. Daarbij maakt de CRvB onderscheid tussen kinderen (en ouders) die niet zijn toegelaten, maar wel rechtmatig in ons land verblijven, en kinderen (en ouders) die niet rechtmatig in de zin van art. 8 Vw 2000 verblijven. In het laatste geval moet volgens de Raad art. 16, tweede lid, Wvb

24 Rechtbank Almelo 28 november 2005, LJN: AU7003; V.zr. rechtbank Leeuwarden 28 november 2005, LJN: AU7449.

25 CRvB 24 januari 2006, RSV 2006/84, m.nt. Vonk, JV 2006/116, m.nt. PEM, Gst. 2006, 35, m.nt. Fleuren. Zie ook: C.H. Slingenberg, ‘Illegale kinderen en recht op bijstand in het licht van het IVRK’, in: *MR* 2006/2, p. 54-57.

een evenredig middel worden geacht ter verwezenlijking van het koppelingsbeginsel. Wanneer sprake is van rechtmatig verblijf – in casu op grond van art. 8, sub f, Vw 2000 – is de CRvB echter van oordeel dat de toepassing van art. 16, tweede lid, Wwb geen evenredig middel is. Deze bepaling dient daarom wegens strijd met art. 2, eerste lid, IVRK buiten toepassing te blijven.

Een en ander betekent dat er wel een bresje is geslagen in het koppelingsbeginsel, maar dat de opening maar heel klein is. Kinderen die hier illegaal zijn, hebben dus nog steeds geen recht op bijstand. De Raad acht de toepassing van art. 16, lid 2, Wwb op kinderen die hier niet rechtmatig verblijven, *in beginsel* een evenredig middel om de koppelingswetgeving te realiseren. Er is dus – aldus annotator Vonk – nog een ontsnapingsmogelijkheid. Wellicht, zo schrijft hij, zou in concrete noodsituaties een beroep op art. 27 IVRK ook voor illegale kinderen uitkomst kunnen bieden. Inderdaad ligt het voor de hand uit de uitspraak te concluderen dat art. 27 IVRK rechtstreekse werking heeft. Vonk meent dat de Raad dat niet direct durft te zeggen, nu de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State meent dat art. 27 IVRK niet rechtstreeks werkend is.²⁶ Maar met Minderhoud – zie zijn noot in *JV* – menen wij dat de CRvB impliciet tot een ander oordeel komt. Als dat zo is, dan biedt toetsing aan die bepaling uiteindelijk veel meer soelaas voor minderjarige, illegaal in ons land verblijvende vreemdelingen. Art. 27 IVRK gebiedt staten immers ouders te ondersteunen bij het verwezenlijken van het recht op levensomstandigheden die nodig zijn voor de ontwikkeling van het kind. Daartoe behoren volgens het derde lid programma's voor materiële bijstand en ondersteuning, met name wat betreft voeding, kleding en huisvesting. De rechtspraak op dit punt lijkt dan ook nog niet volledig uitgekristalliseerd. Anderzijds, zo zou men op Vonk kunnen reageren, functioneert de sociale rechtsstaat ook wel zodanig dat dergelijke noodsituaties keurig worden opgelost (via gemeentelijke noodfondsen, opvangvoorzieningen van kerkelijke instellingen en wellicht af en toe het oprekken van de gemeentelijke bijstandsverstrekking).

10.6 Conclusie

Het koppelingsbeginsel heeft de relatie tussen het socialezekerheidsrecht en het vreemdelingenrecht stevig veranderd. En eigenlijk kan de wetgever – als hij de gevolgen van zijn acties nog eens overdenkt – niet eens ontevreden zijn. De rechtspraak heeft de bedoeling van de wetgever grosso modo keurig gevolgd. Pas recent is er een kleine bres geslagen in de uitsluiting van minderjarige vreemde-

²⁶ ABRvS 1 maart 2005, JV 2005/176, m.nt. Fleuren. Er zijn al wel verschillende uitspraken van rechtbanken die daar anders over denken: Vzr. rechtbank Zwolle 17 februari 2003, LJN: AF4890; Vzr. rechtbank Zwolle 19 maart 2003, LJN: AF6351; Vzr. rechtbank Zwolle 19 maart 2003, LJN: AF6354; rechtbank Groningen 24 april 2002, JV 2002/334.

lingen, maar dan ook alleen nog maar in die gevallen waarin ze, zonder dat ze tot ons land zijn toegelaten, rechtmatig in Nederland verblijven.

Bij het voorgaande speelt zeker een rol dat het kinderrechtenverdrag een nog recent verdrag is, waarvan de toepassing in de rechtspraak nog niet lijkt te zijn uitgekristalliseerd. Het is niet zo vreemd dat de wetgever van de Koppelingswet zich niet heel intensief heeft gebogen over de vraag hoe de introductie van zijn regeling op het bestaande stelsel zou uitwerken, nu de rechten van kinderen pas sinds 1995 bijzondere aandacht krijgen via het kinderrechtenverdrag. Nog steeds is van een aantal bepalingen in discussie of daaraan wel of niet rechtstreekse werking moet worden toegekend. Zoals wel vaker, is de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State daarin terughoudender dan de CRvB. Maar er lijken goede redenen te zijn om aan art. 27, dat onder meer de plicht voor aangesloten staten vastlegt ouders en anderen te helpen het kind te ondersteunen bij het verwezenlijken van het recht op een levensstandaard die toereikend is voor een goede lichamelijke, geestelijke, intellectuele, zedelijke en sociale ontwikkeling, rechtstreekse werking toe te kennen.

Of art. 27 IVRK nu wel of niet beschouwd moet worden als een rechtstreekse werkende verdragsbepaling, is in de uitspraak van de CRvB van januari 2006 niet relevant, nu de Raad zijn redenering baseert op het non-discriminatiebeginsel van art. 2 IVRK. Het maken van onderscheid is wel gerechtvaardigd wanneer het gaat om illegaal verblijf, zo redeneert de Raad. Maar wanneer rechtstreeks aan art. 27 IVRK wordt getoetst valt die redenering weg en kan ook ruimte ontstaan om bijstand te verlenen aan kinderen van illegalen.

DEEL IV

ARBEIDSRECHT EN SOCIALE ZEKERHEID

‘Arbeidsrechtelijke sociale zekerheid’: wat is dat eigenlijk?

Guus Heerma van Voss en Saskia Klosse

11.1 Veranderingsdrift: voorwerp van zorg en ordening

In zijn publicaties heeft Frits Noordam regelmatig zijn zorg uitgesproken over de veranderingsdrift in de sociale zekerheid. Het socialezekerheidsrecht is als een windvaan, stelt hij in het preadvies voor de NJV over de waarde(n) van het sociaal recht, nu eens dit en dan weer dat. Met deze metafoor typeert Noordam terecht zijn zorg over de hoge mate van beleidsafhankelijkheid van het socialezekerheidsrecht dat zo verwordt tot gereedschapsrecht, tot louter instrumenteel recht zonder ruggengraat.¹ In zijn recente dubbelpublicatie voor *SMA* met de titel *Sociale zekerheid: een uiterst veranderlijk verschijnsel*, staat de veranderingsdrift opnieuw centraal. Dit keer echter met het doel daarin enige ordening aan te brengen. Noordam spitst zijn aandacht daarbij toe op een aantal grote veranderingen, die het wezen van de sociale zekerheid raken en daarom als een kentering in de ontwikkeling in de sociale zekerheid kunnen worden beschouwd.² Om dit te kunnen vaststellen is van belang te weten hoe het wezen van de sociale zekerheid wordt gekenmerkt. Welke elementen zijn daarvoor essentieel? Wanneer kan een voorziening tot het werkterrein van de sociale zekerheid worden gerekend en wanneer niet meer, zodat van een kentering in de ontwikkeling van de sociale zekerheid kan worden gesproken?

Noordam heeft zich over deze vragen gebogen en bij de beantwoording daarvan aansluiting gezocht bij een instrumenteel-beleidsmatige benadering, die op de ‘klassieke’ sociale zekerheid is geënt.³ Vertrekkend van het uitgangspunt dat het

1 P.F. van der Heijden en F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht; over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking*, preadvies voor de NJV, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 48 en V.

2 F.M. Noordam, ‘Sociale zekerheid: een uiterst veranderlijk verschijnsel (I)’, *SMA* 2005, nr. 6, p. 272.

3 Een aantal internationale documenten, zoals ILO-verdrag nr. 102 (minimumnormen sociale zekerheid), de Europese Code inzake sociale zekerheid en de coördinatieverordening 1408/71, hebben daarbij als inspiratiebron gediend, evenals het SER-advies over de Proeve van de nieuwe grondwet van 20 juni 1969, Stcrt. 1969, 165.

wezen van de sociale zekerheid betrekking heeft op het bieden van bestaanszekerheid, leidt dit tot de conclusie dat publiekrechtelijke, op bestaanszekerheid gerichte voorzieningen, die vallen binnen het beleidsterrein van de ministeries voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) resp. Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS), behoren tot het werkterrein van de sociale zekerheid. Voorzieningen die niet aan deze criteria voldoen vallen daarbuiten. Dit geldt bijvoorbeeld voor bestaanszekerheidsvoorzieningen die weliswaar publiekrechtelijk zijn van aard, maar buiten de beleidssfeer van de ministeries van SZW en VWS vallen, zoals huursubsidie, studiefinanciering en fiscale faciliteiten, door Noordam aangeduid als ‘buitendijkse sociale zekerheid’. Ook bestaanszekerheidsvoorzieningen die op een privaatrechtelijke leest zijn geschoeid, zoals alimentatie, de loon-doorbetaling bij ziekte en individuele of in collectieve arbeidsvoorwaarden ingebodde spaarmogelijkheden waarin bijvoorbeeld de levensloopregeling voorziet, vallen in dit afbakeningsmodel buiten het werkterrein van de sociale zekerheid.⁴ Noordam reikt hiermee een helder toetsingskader aan. Toch rijst de vraag of dit kader met name voor private vormen van sociale zekerheid niet wat te rigide is. Bij een verschuiving van de verantwoordelijkheid voor de bestaanszekerheid van de overheid naar het private domein, is immers veelal sprake van een door de overheid gereguleerde privatisering. Doel hiervan is zo bepaalde elementen die kenmerkend zijn voor de publiekrechtelijke bescherming, overeind te houden. Voorbeelden hiervan zijn te vinden in de regulering van de loon-doorbetaling bij ziekte en in aanvullende collectieve pensioenregelingen van bedrijfstakken en ondernemingen. Ook de Zorgverzekeringswet is in dit verband illustratief. In de ontwikkeling van de sociale zekerheid brengt deze trend in zoverre een omslag teweeg, dat andere instrumenten worden ingezet om bestaanszekerheid te bereiken. Sterker dan voorheen ligt daarbij de nadruk op de verantwoordelijkheid van private actoren om primair zelf bestaansmiddelen te genereren zodat zonder tussenkomst van de overheid in bestaanszekerheid kan worden voorzien. De vraag is echter of deze nieuwe invulling van de manier om tot bestaanszekerheid te komen, zonder meer impliceert dat de instrumenten die daaraan nader gestalte moeten geven, buiten het werkterrein van de sociale zekerheid vallen. Wordt met de instrumenteel-beleidsmatige benadering van sociale zekerheid wel voldoende recht gedaan aan het wezen van de sociale zekerheid?

In deze bijdrage zal deze vraag aan een nadere analyse worden onderworpen. Om een zo breed mogelijk beeld te kunnen vormen van de elementen die wezenlijk zijn voor het fenomeen sociale zekerheid, zal niet alleen worden nagegaan welke visies daarop in de literatuur bestaan, maar ook worden stilgestaan bij de maatstaven die het Europese Hof van Justitie aanlegt bij de beoordeling van het socialezekerheidsgehalte van geprivatiseerde delen van sociale zekerheid en bij de

4 F.M. Noordam, ‘Sociale Zekerheid: een uiterst veranderlijk verschijnsel (I)’, *SMA* 2005, nr. 6, p. 274, en ‘Sociale Zekerheid: een uiterst veranderlijk verschijnsel (II)’, *SMA* 2005, nr. 7/8, p. 342.

opvattingen die toezichthoudende organen op internationale normverdragen hierover hebben ontwikkeld. Vanuit dit perspectief zal vervolgens een antwoord worden gegeven op de vraag of de elementen die volgens deze bronnen wezenlijk zijn voor het verschijnsel sociale zekerheid, voldoende tot hun recht komen in het door Noordam aangereikte toetsingskader. Is dit kader toereikend of behoeft het bijstelling en zo ja, in welke richting?

11.2 De literatuur over het begrip sociale zekerheid

11.2.1 De handboeken

Wanneer men de handboeken op het vakgebied van het sociaal recht naslaat op het begrip sociale zekerheid, blijkt betrekkelijk weinig aandacht aan dit begrip te worden besteed. Het meest uitgebreid is Noordam in zijn eigen handboek, maar daarin geeft hij niet echt een definitie. Hij stelt dat het verschijnsel sociale zekerheid verband houdt met inkomen en inkomensverwerving, wat anders gezegd, met bestedingscapaciteit. Sociale zekerheid vervangt gederfd inkomen of vult onvoldoende inkomsten aan. Zij biedt inkomenszekerheid en – daardoor – bestaanszekerheid. Dit noemt ‘men’ de waarborgfunctie van de sociale zekerheid. Daarnaast is er een ‘activeringsfunctie’ waartoe hij preventie en re-integratie rekent. Noordam beschrijft sociale zekerheid als een gemeenschapszaak die op het beginsel van solidariteit, op eigenbelang en op rechtvaardigheid berust. Ook het gedwongen karakter acht hij kenmerkend. De overheid is in belangrijke mate verantwoordelijk voor de sociale zekerheid.⁵ Niet ver daarna maakt hij echter onderscheid tussen publieke sociale zekerheid, waarvoor de overheid primair verantwoordelijkheid draagt, en private sociale zekerheid als andere methode van inkomensbescherming. Sociale zekerheid is, zo opgevat, een mengsel van publieke en private methoden. Hij noemt het vervolgens gebruikelijk om ‘fiscale en collectieve maatregelen’ buiten te sluiten, evenals de sociale werkvoorziening. Vervolgens beperkt hij de sociale zekerheid tot de maatregelen die tot de zogenaamde sociale verzekeringen en de sociale voorzieningen behoren, wat de laatste betreft voor zover die onder de verantwoordelijkheid vallen van het Ministerie van SZW. Hierdoor worden studiefinanciering, uitkeringen aan oorlogs- en verzetsslachtoffers, prestaties aan ambtenaren, huursubsidie en rechtsbijstand niet tot de sociale zekerheid gerekend.⁶

In zijn formulering geeft Noordam ervan blijk sociale zekerheid primair te zien als een vorm van inkomensbescherming. Hoewel hij wel signaleert dat preventie en re-integratie belangrijker worden, gaat hij in de rest van zijn formulering

5 F.M. Noordam, *Socialezekerheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 25-27.

6 F.M. Noordam, *Socialezekerheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 29-31.

steeds uit van inkomensbescherming als voornaamste functie. Ook staat kennelijk de publieke sociale zekerheid, die valt onder de verantwoordelijkheid van de overheid, voorop. Dit blijkt al uit de keuze voor koppeling aan het beleidsterrein van een ministerie. Dit laatste maakt zijn afbakening van sociale zekerheid afhankelijk van de departementale taakverdeling en daarmee bij voorbaat sterk Nederlands. Zouden oorlogsslachtoffers toevallig onder SZW vallen of de bijstand onder Binnenlandse Zaken, dan zou ook de reikwijdte van de sociale zekerheid daarvoor veranderen. Of doorbetaling van loon bij ziekte nog onder deze omschrijving is te vangen, is eveneens sterk de vraag. Dit is immers geen sociale verzekering en geen sociale voorziening. Toch is deze wel dwingend voorgeschreven door de overheid. Is dit nu publieke of private sociale zekerheid?

Het hoofdstuk van zijn boek waarin dit onderwerp wordt behandeld, heet 'Arbeidsrechtelijke sociale zekerheid'. Met arbeidsrechtelijke sociale zekerheid doelt Noordam primair op arbeidsvoorwaardenregelingen waarin inkomen wordt beschermd. Daarnaast doelt hij op publiekrechtelijke regelingen die verplichtingen op de werkgever leggen. Het gaat hierbij om een combinatie van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke arrangementen. De omschrijving van arbeidsrechtelijke sociale zekerheid luidt dan: 'de op inkomensbescherming, preventie en re-integratie gerichte, met de dienstbetrekking verband houdende maatregelen'.⁷ Deze definitie is nog niet erg helder: hoe sterk moet het verband met de dienstbetrekking zijn? Gaat het alleen om door de overheid opgelegde maatregelen of ook om eigen initiatieven? En bovenal, vormt de arbeidsrechtelijke sociale zekerheid nu een onderdeel van de sociale zekerheid of niet? Noordam is hierover niet erg duidelijk. Immers, als regel reserveert hij het begrip sociale zekerheid voor de publieke sociale zekerheid, maar toch spreekt hij over 'arbeidsrechtelijke sociale zekerheid'. Waar hij schrijft dat zijn boek de publieke sociale zekerheid behandelt, is het opnemen van een hoofdstuk over arbeidsrechtelijke sociale zekerheid niet erg consequent. Bij wijze van rechtvaardiging daarvoor voert hij terecht aan dat beide terreinen sterk met elkaar verweven zijn.⁸ De belangrijkste vraag wordt daarmee echter niet beantwoord: als de overheid sociale zekerheid privatiseert, zoals met de Ziektewet is gebeurd, kunnen we dan nog spreken van sociale zekerheid of niet?

Noordams benadering van sociale zekerheid wekt de indruk dat de verschuiving van publiekrechtelijke naar privaatrechtelijke aanpak van de sociale zekerheid nog niet echt is verwerkt in de begripsvorming. Het economisch georiënteerde handboek van Goudswaard bevestigt dit min of meer. Ook Goudswaard hanteert namelijk een definitie die uitsluitend betrekking heeft op de publiekrechtelijke

7 F.M. Noordam, *Socialezekerheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 181.

8 F.M. Noordam, *Socialezekerheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 182.

sociale zekerheid.⁹ Het handboek van Bakels over het arbeidsrecht geeft geen enkele definitie van sociale zekerheid, doch noemt slechts de functies ervan.¹⁰ Loonstra en Zondag blijven enigszins in het midden door tot het socialezekerheidsrecht te rekenen dat deel van het recht dat op inkomensverwerving en reactivering (terugkeer naar de arbeidsmarkt) is gericht vanaf het moment dat niet langer betaalde arbeid wordt verricht.¹¹ Het is opvallend dat de meer op het arbeidsrecht georiënteerde sociaalrechtelijke handboeken van Jacobs,¹² Rood¹³ en Heerma van Voss¹⁴ uitgaan van een breder begrip sociale zekerheid, waarin dit begrip niet wordt beperkt tot de publieke tak.

11.2.2 *Breed begrip sociale zekerheid*

Bezieet men het begrip sociale zekerheid taalkundig, dan valt in de eerste plaats op, dat de term twee verschillende betekenissen combineert. In de eerste betekenis gaat het om de formulering van een gewenste eindsituatie: de situatie waarin burgers zich bevinden in een toestand van sociale zekerheid. In de tweede betekenis doelt het begrip op het instrument dat wordt gebruikt om die eindsituatie te bereiken: de maatregelen die tot de sociale zekerheid worden gerekend. Het laatste wordt ook wel aangeduid als ‘het stelsel van sociale zekerheid’, hoewel deze term met name verwijst naar wettelijke maatregelen. Een vergelijkbare combinatie van betekenissen komt voor bij een begrip als ‘recht’: ook hier wordt zowel de gewenste eindsituatie (het wenselijke recht) als het daartoe aangewende middel (het positieve recht) met hetzelfde begrip aangeduid. In de dikke Van Dale vinden we de beide betekenissen fraai onder woorden gebracht: ‘*sociale zekerheid*, toestand waarbij voor allen de bezorgdheid voor gebrek wordt uitgesloten, (ook) het geheel van instellingen en regelingen die dienen om deze toestand te verzekeren.’¹⁵

Beperken we ons verder tot de tweede betekenis van het begrip sociale zekerheid, dan is wel van belang dat de band met de eerste betekenis behouden blijft. Er is vanuit dat oogpunt geen reden waarom het begrip sociale zekerheid beperkt zou moeten worden tot publiekrechtelijke instrumenten. Historisch gezien is de soci-

-
- 9 K.P. Goudswaard, C.A. de Kam en C.G.M. Sterks, *Sociale zekerheid op het breukvlak van twee eeuwen*, Alphen aan den Rijn/Deventer: Samsom/Kluwer 2000, p. 17-20.
 - 10 I.P. Asscher-Vonk en W.J.P.M. Fase, met medewerking van F.M. Noordam, H.L. Bakels, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 319.
 - 11 C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2004, p. 27.
 - 12 A.T.J.M. Jacobs, *Elementair sociaal recht*, Groningen: Martinus Nijhoff 2000, p. 239-240.
 - 13 M.G. Rood, *Introductie in het sociaal recht*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 132-135.
 - 14 G.J.J. Heerma van Voss, *Inleiding Nederlands sociaal recht*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2004, p. 255, 259-260, 264-266.
 - 15 G. Geerts en H. Heestermans, *Van Dale Groot Woordenboek der Nederlandse taal*, Utrecht/Antwerpen 1992, p. 2807.

ale zekerheid vanuit het privaatrecht ontstaan. Het streven naar sociale zekerheid was oorspronkelijk en gedurende lange tijd particulier initiatief, al speelden lokale overheden daarin soms ook een rol. In Nederland is de nationale overheid pas met de Armenwet van 1854 officieel en op zeer beperkte schaal een sociale-zekerheidsbeleid gaan voeren. Pas door de Industriële Revolutie kwam het besef op gang dat het particulier initiatief onvoldoende sociale zekerheid bood en dat de overheid zich verantwoordelijk moest stellen voor de sociale zekerheid van arbeiders. En pas rond de Tweede Wereldoorlog is de opvatting ontstaan dat de overheid op nog bredere schaal in de sociale zekerheid van haar burgers moest voorzien. Het Beveridge-rapport en zijn Nederlandse navolger, het rapport van de commissie-Van Rhijn, het *Atlantic Charter* van Roosevelt en Churchill en de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens van de Verenigde Naties hanteerden het begrip ‘sociale zekerheid’ en maakten dit tot een algemeen begrip, hoewel de invulling per land verschilde. Na de Tweede Wereldoorlog kwam met de welvaartsgroei in de westerse wereld de verzorgingsstaat op en ontstond de gedachte dat de overheid sociale zekerheid vrijwel exclusief voor haar rekening zou nemen. Sociale zekerheid werd dan ook vooral in tot de overheid gerichte termen opgenomen in de mensenrechtenverdragen: het Europees Sociaal Handvest van de Raad van Europa (1961, art. 12) en het VN-Verdrag inzake Economische, Sociale and Culturele rechten (1966, art. 9). In 1952 stelde de Internationale Arbeidsorganisatie voor het eerst een omvattend verdrag over de gehele sociale zekerheid op dat zijn beslag kreeg in ILO-verdrag nr. 102. De sociale zekerheid werd ook opgenomen in de Nederlandse Grondwet van 1983. Maar ook toen werd slechts bepaald dat de bestaanszekerheid voorwerp is van zorg van de overheid (art. 20 lid 1) en dat de wet regels stelt ‘omtrent de aanspraken op sociale zekerheid’ (art. 20 lid 2). Men wilde het aan de ontwikkeling overlaten ‘op welke wijze het begrip “sociale zekerheid” nader wordt uitgewerkt.’¹⁶

Bekijkt men de sociale zekerheid op deze brede wijze, dan komt men al gauw op de vraag waarin de begrenzing moet worden gezocht. In een nog steeds actuele beschouwing uit 1978 over de diverse technieken die historisch zijn aangewend om sociale zekerheid na te streven, concludeert Van Langendonck dat in de moderne opvatting de garantie van sociale zekerheid een overheidstaak is. Maar de sociale zekerheid schaft niet de traditionele technieken af door ze door nieuwe te vervangen. De wet zal aangeven op welke wijze de verschillende technieken elkaar wederzijds beïnvloeden. Hoewel uit internationaal onderzoek blijkt dat voorzieningen voor alle mogelijke risico’s altijd wel ergens tot de sociale zekerheid worden gerekend, kan men internationaal wel een gemeenschappelijk patroon waarnemen in het spectrum van de gedekte risico’s, die men uitdrukkelijk tot de sociale zekerheid rekent. Dit betreft de negen takken van sociale zeker-

¹⁶ *Kamerstukken II*, 13 873, nr. 3, p. 263, deel 1a.

heid die ILO-verdrag nr. 102 van de Internationale Arbeidsorganisatie onderscheidt: de gezondheidszorg, de arbeidsongeschiktheid, de werkloosheid, de ouderdom, het beroepsrisico, het moederschap, de invaliditeit, het (vroegtijdig) overlijden en de gezinslast. Daarnaast rekent Van Langendonck de sociale bijstand tot de sociale zekerheid. Wel is de sociale zekerheid volgens hem beperkt tot individuele prestaties, maar deze kunnen zowel in geld als in natura zijn.¹⁷

Pieters rekent, in een meer recente Engelstalige introductie tot de basisbeginselen van sociale zekerheid, niet alle technieken die ooit zijn gebruikt om sociale zekerheid te waarborgen nog tot het hedendaagse begrip sociale zekerheid. Private arrangementen kunnen volgens hem slechts tot de sociale zekerheid worden gerekend, indien zij zijn ingebed in een publiekrechtelijke regeling.¹⁸ Vertaald naar de Nederlandse situatie betekent dit dat bijvoorbeeld de loondoorbetaling bij ziekte, collectieve aanvullende pensioenregelingen, de levensloopregeling en de Zorgverzekeringswet tot de sociale zekerheid kunnen worden gerekend. Dit laatste voorbeeld laat duidelijk zien dat het bij de privatisering van de sociale zekerheid er voor een deel om gaat elementen van marktwerking in de sociale zekerheid te introduceren, waardoor een regeling een ‘hybride karakter’ kan krijgen van tegelijk sociale verzekering en schadeverzekering.¹⁹

Het is wellicht nuttig om ook te kijken naar de situatie in de ontwikkelingslanden. Privatisering van sociale zekerheid is immers sinds de jaren negentig een wereldwijd verschijnsel, ook in Latijns-Amerika en bijvoorbeeld Taiwan. Wij mogen het begrip sociale zekerheid dan ook niet alleen vanuit een eurocentrische invalshoek benaderen.

Op een recente internationale conferentie over ‘The right to social security’ besprak Van Langendonck het socialezekerheidsprogramma van de Wereldbank. Hij constateerde dat daarin nauwelijks wordt verwezen naar de normen van de Internationale Arbeidsorganisatie. Sociale zekerheid wordt in dat programma aangeduid met de term ‘social protection’ en aldus gereduceerd tot een ‘vangnet’ ter bestrijding van armoede, aangevuld met particuliere pensioenstelsels waarmee de niet-armen in hun toekomst kunnen voorzien. Van Langendonck bepleit in dit licht minimale eisen te stellen aan landen die lid willen worden van de Wereldhandelsorganisatie, in het bijzonder op het gebied van minimumuitkeringen aan ouderen, invaliden, kinderen en een basaal medisch stelsel, mede gefinancierd

17 J. van Langendonck., ‘Het zoeken naar zekerheid’, *SMA* 1978, p. 659-676. Zie ook J. van Langendonck, *Handboek Sociaal Zekerheidsrecht*, Antwerpen: Kluwer rechtswetenschappen 1988, p. 11-17.

18 D. Pieters, *Introduction to the Basic Principles of Social Security*, Deventer/Boston: Kluwer Law & Taxation Publishers, p. 5.

19 G.R.J. de Groot, ‘De nieuwe zorgverzekering: tussen sociale doeleinden en marktorientatie’, *SMA* 2006, p.5-13, 8.

door de geïndustrialiseerde wereld.²⁰ De benadering van sociale zekerheid in de ontwikkelingslanden maakt eens te meer duidelijk dat de overheid wel een grote verantwoordelijkheid heeft voor sociale zekerheid, maar dat private instrumenten in de definitie van dit begrip niet bij voorbaat mogen worden weggedacht. Men kan de benadering van de Wereldbank overigens niet los zien van het Amerikaanse concept van sociale zekerheid, dat veel minder dan in Europa wordt geleid door de nationale overheid. Particuliere initiatieven spelen daarin een veel grotere rol. Hoewel minder algemeen geldend en minder gegarandeerd, mogen deze initiatieven in hun betekenis zeker niet worden onderschat.²¹

Op het genoemde congres kwam ook aan de orde dat de grens tussen het recht op arbeid en het recht op sociale zekerheid aan het vervagen is, als gevolg van maatregelen gericht op het combineren van ‘flexibiliteit en zekerheid’, ook wel ‘flexicurity’ genoemd.²² Ook deze ontwikkeling pleit voor een ruim begrip van sociale zekerheid. In Nederland zien we die grenserving bijvoorbeeld bij de inschakeling van werkzoekenden in tewerkstellingsprojecten, die soms op basis van het arbeidsovereenkomstenrecht worden uitgevoerd, maar waarbij men zeker ook van sociale zekerheid kan spreken. Dit past bij de meer op activering gerichte moderne sociale zekerheid. De vraag of deze, met private of arbeidsrechtelijke elementen gecombineerde sociale zekerheid als een vorm van sociale zekerheid kan worden gekwalificeerd, is daarmee echter nog niet beantwoord. Waar moeten de grenzen op dit gebied worden getrokken en welke criteria zijn daarvoor relevant?

11.3 Nadere afbakening van de geprivatiseerde sociale zekerheid

11.3.1 Afbakingscriteria van Noordam

Een probleem dat zich voordoet bij de vraag of geprivatiseerde delen van de sociale zekerheid nog tot het werkterrein van de sociale zekerheid kunnen worden gerekend, is dat de grondslag daarvan weliswaar privaatrechtelijk is, maar veelal binnen publiekrechtelijke randvoorwaarden. De partijautonomie die wezenlijk is

20 Jef van Langendonck, *The meaning of the right to social security*, paper for the International Conference The right to social security, Brussels, 17-18 February 2006, p. 8. Zie ook Robert Holzmann, Lynne Sherburne-Benz and Emil Tesliuc, *Social Risk Management: The World Bank's Approach to social Protection in a Globalizing World*, Washington D.C.: The World Bank, social Protection Department 2003.

21 Frank S. Bloch, *The (Not Insignificant) Right to Social Security in the United States*, paper for the International Conference The right to social security, Brussels, 17-18 February 2006.

22 Andrzej Marian Swiatkowski, *Flex-security, Interaction between policies of flexible employment and stable social security measures*, paper for the International Conference The right to social security, Brussels, 17-18 February 2006. Zie ook: T. Wiltthagen en F. Tros, The concept of ‘flexicurity’: a new approach to regulating employment and labour markets, *Transfer* 2004, nr. 10, p. 166-186.

voor privaatrechtelijke voorzieningen wordt daarmee ingeperkt. Zo is de werkgever ten aanzien van de loondoorbetaling bij ziekte niet vrij om zelf te bepalen wat hij onder ziekte verstaat dan wel of hij het loon volledig of maar gedeeltelijk zal uitbetalen. Wettelijk is bepaald dat de werknemer twee jaar lang recht behoudt op doorbetaling van 70% van het gemaximeerde dagloon als hij door ziekte niet in staat is om de bedongen arbeid te verrichten.²³ Ook aan andere vormen van private sociale zekerheid, zoals door sociale partners bedongen aanvullingen op publieke (basis)voorzieningen, kan de overheid randvoorwaarden stellen. Net als bij de loonbetalingsplicht bij ziekte, speelt de beschermingsgedachte daarbij een belangrijke rol. Zo kan het verbinden van randvoorwaarden aan collectief bedongen aanvullingen op publieke (basis)voorzieningen bijvoorbeeld bewerkstelligen dat het publieke belang van een zo breed mogelijke regeling op een redelijk niveau wordt veiliggesteld.²⁴

Volgens Noordam houdt de overheid in deze situaties een publiek voetje binnen de private deur. Dit betekent echter niet dat privaatrechtelijke voorzieningen onder die omstandigheden weer binnen het werkkerrein van de sociale zekerheid gaan vallen. In zijn optiek blijft het in deze gevallen namelijk gaan om voorzieningen die *overwegend* privaatrechtelijk zijn van aard. Alleen als privaatrechtelijke voorzieningen zodanig worden ingesnoerd in een publiekrechtelijk keurslijf dat de partijautonomie daardoor wordt geminimaliseerd, ligt dit anders. Dit laatste rechtvaardigt dan dat privaatrechtelijke voorzieningen toch als een vorm van sociale zekerheid kunnen worden aangemerkt.²⁵

De vraag rijst of het onderscheid dat Noordam op deze manier maakt tussen privaatrechtelijke voorzieningen die wel en niet tot het werkkerrein van de sociale zekerheid behoren, wel een werkbaar onderscheid is. Zo is de zeggenschap van de werkgever over zaken die wezenlijk zijn voor de loondoorbetaling bij ziekte (zoals de voorwaarden waaronder daarop aanspraak kan worden gemaakt en de hoogte van het loon dat moet worden doorbetaald) eveneens geminimaliseerd. Onduidelijk blijft hierdoor wanneer het publiekrechtelijk keurslijf nu gaat overheersen en er dus niet langer sprake is van een bestaanszekerheidsvoorziening die *overwegend* privaatrechtelijk is van aard. Onduidelijk blijft bovendien hoe dit criterium zich verhoudt tot de beoordelingscriteria die het Hof van Justitie heeft ontwikkeld voor de vaststelling van het socialezekerheidsgehalte van bestaanszekerheidsvoorzieningen die op een privaatrechtelijke leest zijn geschoeid. De vraag of die voorzieningen *overwegend* privaatrechtelijk zijn van aard legt daarin

23 Art. 7:629 lid 1 BW.

24 Dit kan bijv. spelen bij voorzieningen die behoren tot de 2e pijler van het zogeheten 3 pijlermodel. Noordam wijst hierop in zijn artikel ‘Sociale Zekerheid: een uiterst veranderlijk verschijnsel (II)’, *SMA* 2005, nr. 7/8, p. 342.

25 F.M. Noordam, ‘Sociale Zekerheid: een uiterst veranderlijk verschijnsel (I)’, *SMA* 2005, nr. 6, p. 274.

immers beduidend minder gewicht in de schaal. Zoals uit de hierna volgende voorbeelden zal blijken, knoopt het Hof veelal bij andere criteria aan.

11.3.2 *Het Hof van Justitie over doorbetaling van loon bij ziekte*

In de zaak *Paletta* boog het Hof van Justitie zich bijvoorbeeld over de vraag of de verplichting van de werkgever om bij ziekte loon door te betalen, kan worden aangemerkt als een prestatie van sociale zekerheid in de zin van art. 4 (lid 1) van Vo. 1408/71 en daarmee valt onder de materiële werkingssfeer van deze coördinatieverordening.²⁶ Het Hof oordeelde dat dit het geval was en benadrukte daarbij dat voor het antwoord op de vraag of een prestatie binnen of buiten de werkingssfeer van deze verordening valt, niet bepalend is of die prestatie in een nationale wettelijke regeling als een prestatie van sociale zekerheid wordt gekwalificeerd noch hoe die prestatie wordt gefinancierd.²⁷ Waar het om gaat is of de prestatie, wat doel en toekenningsvoorwaarden betreft, aansluit bij een prestatie van sociale zekerheid in de zin van art. 4 (lid 1) Vo. 1408/71.²⁸ Ten aanzien van de loonbetalingsplicht bij ziekte is dat het geval. Bij ziekte kunnen werknemers daaraan immers een wettelijk omschreven aanspraak ontleen op een prestatie die is gelieerd aan het publiekrechtelijke ziekgeld dat onbetwist een prestatie van sociale zekerheid is in de zin van art. 4 (lid 1) Vo. 1408/71.²⁹

Uit deze redenering volgt dat bij de boordeling van de vraag of een privaatrechtelijke voorziening tot het werkterrein van de sociale zekerheid behoort, per saldo niet relevant is of die voorziening *overwegend* privaatrechtelijk is van aard. Doorslaggevend daarvoor is veeleer of die voorziening rechthebbenden een wettelijk omschreven aanspraak geeft op een prestatie die, wat doel en toekenningsvoorwaarden betreft, een duidelijke band heeft met een van de sociale risico's, zoals opgesomd in art. 4 (lid 1) Vo. 1408/71. Bij de loonbetalingsplicht komt deze band tot uitdrukking in het feit dat daarmee inkomensbescherming wordt geboden bij ziekte, zij het op een andere dan de klassieke manier. Bovendien is het zo dat ziekgeld wordt uitgekeerd als geen aanspraak kan worden gemaakt op loondoorbetaling bij ziekte, bijvoorbeeld omdat de arbeidsovereenkomst tijdens ziekte is beëindigd of omdat er sprake is van een arbeidsrelatie die niet als een arbeidsovereenkomst kan worden gekwalificeerd.³⁰ Op deze manier wordt gewaarborgd dat er steeds inkomensbescherming wordt geboden, zij het soms langs privaatrechtelijke wijze.

26 HvJ EG 3 juni 1992, zaak 45/90, *Jur.* 1992, p. I-03423, r.o. 19 (*Paletta*).

27 Voor dit laatste aspect verwijst het Hof naar de zaak Giletti, HvJ EG 24 februari 1987, gevoegde zaken 379/85, 381/85 en 93/96, *Jur.* 1987, p. 955, r.o. 7.

28 Het Hof bevestigt hiermee de lijn die is uitgezet in de zaak Hoeckx, HvJ EG 27 maart 1985, zaak 294/83, *Jur.* 1985, p. 973, r.o. 11.

29 HvJ EG 3 juni 1992, zaak 45/90, *Jur.* 1992, p. I-03423, r.o. 16 en 17 (*Paletta*).

30 Zie daarvoor nader art. 29 lid 2 ZW.

rechtelijke en soms langs publiekrechtelijke weg. Anders dan Noordam, verbindt het Hof van Justitie hieraan de conclusie dat de loonbetalingsplicht bij ziekte aldus binnen het werkterrein van de sociale zekerheid valt.

11.3.3 Het Hof van Justitie over contractueel bedongen aanvullingen op publieke (basis)voorzieningen

Behalve voor de beoordeling van het socialezekerheidsgehalte van de loonbetaling bij ziekte, kunnen uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie ook aanknopingspunten worden gedestilleerd voor de beoordeling van het socialezekerheidsgehalte van andere vormen van ‘arbeidsrechtelijke’ sociale zekerheid. In gevallen waarin contractueel geregelde aanvullingen op publieke (basis)voorzieningen met publiekrechtelijke elementen worden gecombineerd, kunnen deze aanknopingspunten houvast bieden, bijvoorbeeld bij de beantwoording van de vraag of de publiekrechtelijke elementen zodanig overheersen dat de desbetreffende voorziening als een vorm van sociale zekerheid kan worden aangemerkt.

Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat deze situatie zich kan voordoen bij op cao’s gebaseerde aanvullende pensioenregelingen, die worden beheerd door een pensioenfonds, waaraan deelneming door de overheid verplicht wordt gesteld. Doel hiervan is doorgaans om alle werknemers in een bepaalde sector van een redelijk pensioen te verzekeren.³¹ Om dit te waarborgen bevat de pensioenregeling dan in de regel sterke solidariteitselementen, die onder meer tot uiting komen in het feit dat het pensioenfonds deelnemers zonder voorafgaande medische keuring moet accepteren en in het feit dat bij de premievaststelling geen rekening wordt gehouden met individuele risico’s. ‘Slechte’ risico’s kunnen zich zo tegen redelijke condities verzekeren, terwijl de deelnemingsplicht tegelijkertijd voorkomt dat ‘goede’ risico’s vertrekken en daarmee het financiële evenwicht van het fonds in gevaar brengen. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie kan een pensioenfonds onder deze omstandigheden in beginsel worden aangemerkt als een orgaan dat is belast met de uitvoering van een taak die tot de sociale zekerheid behoort.³² Hierin ligt een eerste aanknopingspunt.

In de loop der tijd is deze jurisprudentie verder genuanceerd. Deze nuances hebben ertoe geleid dat, naast solidariteitsaspecten, ook andere aspecten in de beschouwing moeten worden betrokken. Als gevolg hiervan zal ook steeds moeten worden nagegaan of een pensioenfonds volgens een kapitaaldekkingssysteem

31 Dit blijkt bijv. uit HvJ EG 21 september 1999, zaak C-219/97, *Jur.* 1999, p. I-06121, r.o. 25 en 50 (Drijvende Blokken BV tegen de Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven). Zie ook de zaak Albany International BV tegen de Stichting Bedrijfspensioen Textielindustrie van 21 september 1999, zaak C-67/96, *Jur.* 1999, p. I-05751, in dezelfde zin.

32 HvJ EG 17 februari 1993, zaak C-159/91 en C-160/91, *Jur.* 1993, p. I-637 (*Poucet en Pistre*).

werkt en zelf de hoogte van de premies en de uitkeringen bepaalt, zodat de hoogte van de verstrekte uitkeringen per saldo afhangt van de opbrengst van zijn beleggingen. Is dat het geval, dan wordt het pensioenfonds als een onderneming gezien en worden zijn activiteiten dientengevolge als economische activiteiten aangemerkt.³³ Het pensioenfonds valt dan, ondanks de solidariteitselementen en het nastreven van een sociaal doel, in beginsel onder de werkingssfeer van het mededingingsrecht. Dit kan tot gevolg hebben dat publiekrechtelijke beschermingsmethoden uit de private pensioenregeling moeten worden verwijderd omdat de vrije concurrentie daarmee wordt beperkt. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt evenwel dat dit geen wet van Meden en Perzen is. Zo oordeelde het Hof in de zaak *Drijvende Bokken* bijvoorbeeld dat het besluit van de overheid om deelneming aan het pensioenfonds verplicht te stellen noodzakelijkerwijs betekent dat dit fonds een uitsluitend recht verkrijgt om in de desbetreffende bedrijfstak een aanvullende pensioenregeling te beheren.³⁴ De concurrentiebeperking die hiervan het gevolg is, kan niet met een beroep op de mededingingsregelingen ongedaan worden gemaakt. Zonder verlening van een uitsluitend recht om de aanvullende pensioenregeling te beheren, kan het pensioenfonds immers de hem opgedragen taak niet naar behoren vervullen. Het financiële evenwicht zou dan namelijk gemakkelijk uit balans kunnen raken waardoor het fonds niet langer in staat is om alle werknemers tegen redelijke condities van een aanvullend pensioen te verzekeren. Een functie die, gelet op de geringe hoogte van het wettelijk basispensioen, essentieel is in het Nederlandse pensioenstelsel, zou daarmee in gevaar worden gebracht.³⁵

Uit deze redenering volgt dat elementen die kenmerkend zijn voor de publiekrechtelijke bescherming, zoals solidariteitsaspecten die nader gestalte krijgen via een verzekerings- en acceptatieplicht, niet alleen binnen privaatrechtelijke systemen kunnen bestaan, maar ook moeten worden gerespecteerd, ook al wordt daarmee de vrije mededinging beperkt. Dit impliceert dat principes die typerend zijn voor een privaatrechtelijk systeem onder omstandigheden moeten wijken voor principes die karakteristiek zijn voor publiekrechtelijke beschermingsmethoden. In een overwegend privaatrechtelijk systeem overheersen dan per saldo deze publiekrechtelijke elementen. De jurisprudentie van het Hof leert dat dit met name het geval is als een onverkorte toepassing van privaatrechtelijke principes tot gevolg heeft dat een functie die essentieel is voor het waarborgen van sociale zekerheid niet meer onder aanvaardbare voorwaarden kan worden vervuld. Hierin ligt een tweede aanknopingspunt voor het kwalificeren van door sociale partners

33 HvJ EG 16 november 1995, zaak C-244/94, *Jur.* 1995, p. I-4013 (*Fédération française des sociétés d'assurance*).

34 De juridische basis hiervoor ligt in art. 90 lid 1 EG.

35 HvJ EG 21 september 1999, zaak C-219/97, *Jur.* 1999, p. I-06121, r.o. 80 en 95-101 (*Drijvende Bokken*). De juridische basis voor deze redenering berust op art. 90 lid 2 EG.

bedongen aanvullingen op publieke (basis)voorzieningen als een vorm van sociale zekerheid. Nu het Hof daarbij uitdrukkelijk verwijst naar een socialezekerheidssysteem dat uit drie pijlers bestaat, lijkt het verdedigbaar dat deze redenering ook kan worden toegepast op andere vormen van op cao's gebaseerde aanvullingen op publieke (basis)voorzieningen. Dit evenwel onder de voorwaarden dat die voorzieningen behoren tot een driepijlermodel, dat de overheid daaraan randvoorwaarden verbindt om een zo breed mogelijke regeling op een redelijk niveau te waarborgen en dat de desbetreffende voorzieningen een band hebben met een van de sociale risico's die zijn opgesomd in internationale documenten, zoals bijvoorbeeld in art. 4 (lid 1) van Vo. 1408/71.

11.3.4 *Andere internationale organen over arbeidsrechtelijke sociale zekerheid*

Naast het Europese Hof van Justitie, hebben ook organen die toezicht houden op internationale normverdragen, zoals ILO-verdrag nr. 102, de Europese Sociale Code en het ESH, zich gebogen over de vraag welke publiekrechtelijke elementen overeind moeten blijven in geval van verschuiving van de verantwoordelijkheid voor het bieden van bestaanszekerheid van de overheid naar het private domein. Uitgangspunt bij de beantwoording van deze vraag is dat sociale zekerheid langs verschillende wegen kan worden gewaarborgd. Het gekozen stelsel moet echter wel aan een aantal basisvoorwaarden voldoen. Het moet bijvoorbeeld transparant zijn, rechthebbenden duidelijk omschreven aanspraken bieden en niet discriminerend zijn. Essentieel is verder dat het stelsel garanties biedt voor een solide uitvoering met een sterke rol voor de sociale partners en administratieve lasten die functioneel en zo laag mogelijk zijn.³⁶

In het licht van deze criteria baart de in Nederland doorgevoerde privatisering de toezichthoudende organen op een aantal punten zorgen. Verontrustend vinden zij bijvoorbeeld dat de privatisering van de Ziektewet het principe van collectieve financiering, en de daarmee gepaard gaande spreiding van risico's, gemakkelijk kan doorbreken. De solidariteitsgedachte die fundamenteel is voor de sociale zekerheid kan zo in het gedrang komen. Kwetsbare groepen kunnen hiervan de dupe worden, wat nog eens wordt versterkt doordat het verschuiven van de financiële lasten voor het ziekterisico naar werkgevers het gevaar van risicoselectie bij de aanstelling in zich bergt.³⁷ Bovendien krijgen particuliere verzekeraars daarmee een grotere vinger in de pap, wat allerlei problemen kan meebrengen, bijvoorbeeld in bestuurlijke zin (waarborging van toezicht op het handelen van par-

36 Aldus de opvatting van de Algemene vergadering van de ILO, verwoord in haar Resolutions and Conclusions concerning Social Security, ILO, 89th session, 2001.

37 Deze twee punten worden genoemd door het Comité van Deskundigen van de ILO en de Raad van Europa in de *Observation*, CEACR 2002, 73th session en door het Europese Comité voor de Sociale Rechten dat toezicht houdt op de naleving van het ESH in de *Conclusions* XVII-1, 2004.

ticuliere verzekeraars en de participatie van sociale partners in hun bestuur), in financiële zin (garanderen van de validiteit van particuliere verzekeraars en inzicht in de premiestelling) en in de sfeer van de privacybescherming van werknemers.³⁸

Vooralsnog zijn aan deze punten van zorg geen consequenties verbonden. Wel worden de ontwikkelingen op deze terreinen op de voet gevolgd en is de Nederlandse regering nadrukkelijk gevraagd om te rapporteren over de maatregelen die worden genomen om de negatieve gevolgen van de doorgevoerde privatisering te ondervangen. Behalve om het gevaar van risicoselectie en discriminatie van kwetsbare groepen, gaat het hierbij met name om mogelijke problemen die kunnen ontstaan door de grotere rol van particuliere verzekeraars en om de manier waarop sociale partners bij de private uitvoering worden betrokken.

De toezichthoudende organen geven daarmee aan dat privatisering de overheid niet ontslaat van de plicht om zo nodig aanvullend of corrigerend op te treden, opdat ook in een geprivatiseerd systeem per saldo een aantal elementen die essentieel zijn voor de publiekrechtelijke bescherming gewaarborgd blijven. Uit de commentaren blijkt dat het handhaven van een bepaalde mate van solidariteit tot deze essentiële elementen behoort. Conform het uitgangspunt dat sociale zekerheid op verschillende manieren kan worden gewaarborgd, betekent dit dat aantasting van het principe van collectieve financiering op zich geen obstakel hoeft te zijn, mits met flankerende maatregelen wordt gegarandeerd dat kwetsbare groepen hiervan niet de dupe worden en op die manier dus een bepaalde mate van solidariteit gehandhaafd blijft. Ook de grotere rol van particuliere verzekeraars hoeft geen struikelblok te zijn als er maar voor wordt ingestaan dat rechthebbenden hun aanspraken te gelde kunnen maken, de premieberekening inzichtelijk is, het uitvoeringssysteem transparant, solide en doelmatig is op het punt van de administratieve lasten en de sociale partners worden betrokken in het bestuur en het toezicht op de uitvoering van de geprivatiseerde onderdelen van de sociale zekerheid. Nu het hier gaat om maatregelen die noodzakelijk zijn om elementen die het wezen van de sociale zekerheid raken overeind te houden, behoort het tot het werkterrein van de sociale zekerheid om ervoor te waken dat die maatregelen er ook komen. Overheveling van publieke taken naar het private domein beperkt dat werkterrein dus niet, maar noopt de overheid veeleer tot het nemen van flankerende en/of corrigerende maatregelen, om aldus op een andere dan de klassieke manier, in randvoorwaarden voor de bestaanszekerheid te voorzien.

38 Hiervan wordt melding gemaakt door het Comité van Deskundigen in de conclusies met betrekking tot de naleving van de Europese Code in 2005 en door het Europese Comité voor de Sociale Rechten dat toezicht houdt op de naleving van het ESH in de *Conclusions* XVII-1, 2004.

11.4 Conclusie

Een belangrijke conclusie die kan worden getrokken uit de opvattingen die over het fenomeen sociale zekerheid zijn ontwikkeld in de literatuur, de jurisprudentie van het Hof van Justitie en in de commentaren van toezichthoudende organen op internationale normverdragen, is dat sociale zekerheid op verschillende manieren kan worden georganiseerd en dat het begrip sociale zekerheid daarom niet kan worden beperkt tot inkomensbescherming, noch tot het publieke domein. Wordt sociale zekerheid op een andere dan de ‘klassieke’ manier georganiseerd dan is echter wel van belang dat in het gekozen stelsel bepaalde elementen die het wezen van de sociale zekerheid raken, overeind blijven. In het licht van haar grondwettelijke zorgplicht voor bestaanszekerheid is het een taak van de overheid om daarvoor waarborgen te scheppen. Wanneer de overheid een deel van de sociale zekerheid privatiseert, betekent dat dus niet automatisch dat daarmee het werkterrein van de sociale zekerheid wordt beperkt. Overheveling van publieke taken naar het private domein impliceert veeleer dat de grondwettelijke zorgplicht van de overheid voor bestaanszekerheid een andere invulling krijgt. Private partijen krijgen door die overheveling van taken weliswaar een grotere verantwoordelijkheid om zelf in hun bestaan te voorzien, maar dat ontslaat de overheid niet van de plicht om dit met flankerende en/of corrigerende maatregelen mogelijk te maken. Dit kan op verschillende manieren. Bijvoorbeeld door maatregelen te nemen die discriminatie van kwetsbare groepen tegengaan dan wel door publiekrechtelijke randvoorwaarden te verbinden aan privaatrechtelijk bestaanszekerheidsvoorzieningen om zo het publieke belang van een zo breed mogelijke regeling op een redelijk niveau te waarborgen, of garanties te scheppen voor een adequate uitvoering van een primair privaatrechtelijk georganiseerd systeem. Door dit soort maatregelen worden elementen die wezenlijk zijn voor de sociale zekerheid ingebed in primair privaatrechtelijke bestaanszekerheidsvoorzieningen. Die voorzieningen krijgen aldus een gemengd karakter. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie kan worden opgemaakt, dat dergelijke voorzieningen als een vorm van sociale zekerheid kunnen worden aangemerkt als zij een functie vervullen die essentieel is voor het bieden van sociale zekerheid en bovendien een duidelijke band hebben met een van de negen takken van sociale zekerheid die bijvoorbeeld ILO-verdrag nr. 102 of Vo. 1408/71 onderscheidt.

In het door Noordam aangereikte toetsingskader komen deze elementen onvoldoende tot hun recht. Privaatrechtelijke bestaanszekerheidsvoorzieningen worden daarin immers zonder meer buiten het werkterrein van de sociale zekerheid geplaatst. In het licht van de literatuur, de jurisprudentie van het Hof van Justitie en de opvattingen die over de geprivatiseerde sociale zekerheid zijn geventileerd door toezichthoudende organen op internationale normverdragen, is dat niet erg consistent. Het toetsingskader verdient op dit punt dan ook nuancering. Wij zouden in dit licht willen bepleiten om de door Noordam als ‘arbeidsrechtelijk’ aangeduide sociale zekerheid daarin op te nemen, zij het onder een wat

andere vlag. Niet alleen is de term ‘arbeidsrechtelijke sociale zekerheid’ wat ambivalent en daardoor onduidelijk, maar ook doet deze term te weinig recht aan het gegeven dat het hierbij in wezen gaat om een vorm van privaatrechtelijk georganiseerde sociale zekerheid. Vanuit dit oogpunt lijkt het ons beter om kortweg te spreken van privaatrechtelijke tegenover publiekrechtelijke sociale zekerheid. Ook de koppeling die in Noordams afbakeningsmodel wordt gelegd met een beleidsterrein van een ministerie, verdient naar ons oordeel heroverweging. Het kwalificeren van een bestaanszekerheidsvoorziening als een vorm van sociale zekerheid wordt daarmee immers sterk afhankelijk van de departementale taakverdeling. Veranderingen daarin zouden dan de reikwijdte van de sociale zekerheid kunnen gaan bepalen en dat is ongewenst. Bij het grootse werk van Noordam plaatsen wij slechts deze kleine kanttekening als blijk van respect en waardering voor zijn werk, dat niet alleen gezaghebbend en ontsluitend is, maar ook een solide basis biedt om op voort te bouwen.

Arbeidsrechtelijke sociale zekerheid

Antoine Jacobs

12.1 Inleiding

Sociale zekerheid is een veelzijdige edelsteen. Veel van haar glinstering gaat uit van haar bestuursrechtelijke kant. Maar hoe zit het met haar arbeidsrechtelijke zijden? In het ene land zijn die arbeidsrechtelijke zijden wat forser dan in het andere land, maar overal in de Westerse wereld zijn ze aanwezig. Het arbeidsrechtelijke sociale zekerheidsrecht is echter minder zichtbaar, minder doorzichtig ook dan het bestuursrechtelijke sociale zekerheidsrecht en daarom wellicht ook minder bekend.

In het leerboek, dat tot in de jaren tachtig veel werd benut voor het onderwijs in de sociale zekerheid – *Het Sociaal Verzekeringsrecht in Nederland* van R.A.F. de Guasco e.a.¹ – schitterde de arbeidsrechtelijke sociale zekerheid door afwezigheid. Frits Noordam komt de verdienste toe in zijn handboek *Sociale-zekerheidsrecht* vanaf de eerste druk in 1992² aan dit thema een speciaal hoofdstuk te hebben gewijd. Terecht merkt hij daarin op, dat de arbeidsrechtelijke sociale zekerheid, globaal gezien, een oudere methode van inkomensbescherming vormt dan de (wettelijke) sociale zekerheid. Al uit de beginjaren van de industrialisatie (tweede helft 19e eeuw) zijn er voorbeelden bekend van sociaalvoelende werkgevers die voor hun arbeiders voorzieningen hadden getroffen bij onder andere ziekte en ouderdom. En de eigen kassen van de werknemers vormden een van de bronnen, waaruit de vakbeweging is ontstaan.

Noordam definieerde in 1992 de arbeidsrechtelijke sociale zekerheid als ‘de op inkomensbescherming gerichte, met de dienstbetrekking verband houdende maatregelen’.³ In latere drukken vult hij dit nog aan met de elementen preventie en re-integratie, maar laat ik mij vanwege de beperkte omvang die deze bij-

1 R.A.F. de Guasco e.a., *Het Sociaal Verzekeringsrecht in Nederland*, Samsom, Alphen a/d Rijn, eerste druk 1971, tweede druk 1979.

2 De eerste druk was toen nog geheten: *Inleiding sociale-zekerheidsrecht*, Deventer: Kluwer 1992. Het hoofdstuk Arbeidsrechtelijke sociale zekerheid treft men aan op p. 126-142.

3 Idem, p. 126.

drage mag hebben, nu maar even bepalen tot het belangrijkste element: de *inkomensbescherming*.

De arbeidsrechtelijke sociale zekerheid heeft diverse verschijningsvormen. In de eerste plaats moet men denken aan de minimaanspraken op sociale zekerheid, die in het arbeidsovereenkomstenrecht zijn neergelegd. Zij hebben een dwingendrechtelijk karakter. Iedereen, die werkzaam is op arbeidsovereenkomst, is eraan onderworpen. Uitvoering en handhaving geschieden langs privaatrechtelijke weg. Dan is er de bovenwettelijke sociale zekerheid, die is neergelegd in cao's, arbeidsovereenkomsten en dergelijke. Ook haar uitvoering en handhaving geschiedt langs privaatrechtelijke weg, maar ze is niet of minder dwingendrechtelijk van aard. Haar toepasselijkheid hangt primair af van de wilsovereenstemming tussen partijen, maar het kan zijn, dat ze door overheidsmacht in bepaalde sectoren van het bedrijfsleven wel een dwingendrechtelijk karakter heeft gekregen.

Als laatste fenomeen kan men nog denken aan sociale zekerheid via de vakbonden. Op al deze verschijningsvormen wil ik in deze bijdrage kort de schijnwerper richten.

12.2 De vruchtbare gronden voor de arbeidsrechtelijke sociale zekerheid

Waar treft men die arbeidsrechtelijke sociale zekerheid aan?

Het allerbelangrijkste domein van de arbeidsrechtelijke sociale zekerheid is in Nederland al sinds jaar en dag gelegen in de sfeer van de aanvullende pensioenen. In alle westerse landen bestaat een vrij omvattend systeem van staatspensioenen voor de werkende bevolking, maar daarbovenop worden langs arbeidsrechtelijke weg voor talloze werknemers aanvullende pensioenen verzekerd. In Nederland is die aanvullende pensioenvoorziening zelfs nog wat belangrijker dan in veel andere landen, omdat bij ons de AOW voor de hele bevolking gelegd is op het niveau van het minimumloon. In menig ander land reikt de publieke pensioenvoorziening een stuk uit boven het minimumloon, zodat een minder groot deel van de werkende bevolking een aanvullende pensioenvoorziening nodig heeft om na pensionering de levensstandaard te kunnen behouden. Die aanvullende pensioenvoorziening wordt in Nederland in verhouding tot de publieke pensioenvoorziening ook steeds belangrijker. In 1990 nam ze nog pas 14% van het inkomen van ouderen voor haar rekening; in 2015 zal dit naar verwachting 35% zijn.⁴

De essentiële elementen van de aanvullende pensioenvoorziening (hoogte, voorwaarden, premies en premieverdeling) worden uitonderhandeld in collectieve onderhandelingen tussen werkgevers en werknemers en kunnen daarbij zelfs aanleiding geven tot acties en stakingen (zie de demonstratie op het Museumplein, oktober 2004, en de stakingen bij Shell, oktober 2005). Rechtsgeschillen over de

4 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 294, nr. 1, p. 4.

aanvullende pensioenvoorziening worden beoordeeld door de civiele rechter in arbeidszaken.

De overheid laat de inhoudelijke bepaling van de aanvullende pensioenvoorziening over aan de sociale partners. Maar zij ondersteunt hen daarbij via instrumenten om de betreffende pensioenregelingen te saneren (Pensioen- en Spaarfondsenwet)⁵, fiscaal te vergemakkelijken en er algemeen verbindende werking aan te geven (Bedrijfstakpensioenfondsenwet).

Onmiddellijk in het verlengde van de aanvullende pensioenvoorziening is er het vervroegd uittreden. Een trend, die er in heel West-Europa toe heeft geleid, dat werknemers gemiddeld al met circa 60 jaar uit het arbeidsproces treden. De betreffende voorzieningen die de periode tot het ingaan van het staatspensioen moeten overbruggen, werden in Nederland gevormd door arbeidsrechtelijke regelingen: VUT en prepensioen. Sinds 2006 zijn ze – om de beperkende fiscale maatregelen⁶ te ontwijken – ingebouwd in de regelingen voor het aanvullende ouderdomspensioen.

Een tweede belangrijk domein voor de arbeidsrechtelijke sociale zekerheid is vervat in de inkomensvoorziening van de werknemer bij ziekte. Het arbeidsrecht bood hier al vroeg een mager soelaas door de werknemer ‘voor een betrekkelijk korte tijd’ doorbetaling van loon te verzekeren (art. 1638c BW). Geleidelijk is deze voorziening overgenomen door de publieke sociale zekerheid (Ziektewet), hoewel die altijd ruimte is blijven bieden aan een arbeidsrechtelijke component. Te denken valt aan de voorziening met betrekking tot de eerste paar ziekte dagen, die niet onder de ZW vielen, het bovenwettelijke ziekengeld (meer dan 70% en over loon boven de loongrens) en ook het eigenrisicodragen door de werkgever. Sinds 1994 is hier in Nederland een forse koerswending opgetreden, doordat eerst werd voorzien dat de werkgever gedurende de eerste zes weken van ziekte het loon moest doorbetalen⁷, wat in 1996 werd uitgebreid tot een jaar⁸ en in 2004 zelfs tot twee jaar.⁹ Daarnaast zijn de bovenwettelijke aanvullingen blijven floreren. Bijna overal krijgen de werknemers in plaats van de wettelijk voorgeschreven 70% loondoorbetaling in feite in het eerste ziektejaar 100% doorbetaald.¹⁰ Ook komen er de laatste jaren steeds meer regelingen – in de cao of in personeelsregels – waarin de werknemer een bonus wordt verleend, wanneer deze zich binnen een bepaalde periode niet ziek heeft gemeld.

5 Straks wordt dat de nieuwe Pensioenwet, zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30 413.

6 Wet aanpassing fiscale behandeling van vut/prepensioen en introductie levensloopregeling, *Stb.* 2005, 115.

7 Krachtens de Wet terugdringing ziekteverzuim, Wet van 22 december 1993, *Stb.* 1993, 750.

8 Krachtens de Wet uitbreiding loondoorbetaling bij ziekte, Wet van 8 februari 1996, *Stb.* 1996, 134.

9 Krachtens de Wet van 19 december 2003, *Stb.* 203, 555.

10 C. Boos e.a., *Sociale zekerheidsafspraken tussen werkgevers en werknemers*, Tilburg/Den Haag 2001, p. 176.

Al deze veranderingen hebben tot een forse toename van de arbeidsrechtelijke sociale zekerheid geleid.

Een derde domein voor de arbeidsrechtelijke sociale zekerheid is te vinden in de nabestaanden- en invaliditeitspensioenen. Vanouds verschaften de pensioenfondsen aanvullende nabestaandenpensioenen, waar ook alle reden toe was, omdat de Algemene Weduwen- en Wezenwet (AWW) net als de AOW slechts uitkeringen op minimumniveau kende. Toen echter de AWW in de jaren negentig ook nog eens verder werd uitgekleeft – de Algemene nabestaandenwet, die de AWW in 1996 verving, biedt alleen nog maar tijdelijke nabestaandenpensioenen en bevat een inkomenstoets – gingen de meeste pensioenfondsen en particuliere verzekeraars werkgevers de mogelijkheid bieden om hun werknemers een partnerpensioen te garanderen overeenkomstig de voormalige AWW-voorwaarden (reparatie Anw-hiaat).

In de sfeer van de invaliditeitspensioenen was de arbeidsrechtelijke sociale zekerheid verflauwd sinds Nederland in 1967 met de WAO een goede wettelijke voorziening had gekregen. Toch bleven er veel regelingen die aan invalide geworden werknemers meer uitkering boden dan 80% van het laatstgenoten loon en ook uitstijgend boven de loongrens. In de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw nam de arbeidsrechtelijke sociale zekerheid in dit vlak sterk toe omdat de WAO-uitkeringen werden teruggebracht, eerst naar 70% en in 1993 naar een nog lager niveau wanneer de loongerelateerde uitkering was afgelopen.¹¹ In de meeste gevallen echter werd krachtens cao-bepalingen deze teruggang gerepareerd, doordat pensioenfondsen en particuliere verzekeraars verzekeringen aanboden, die de betreffende werknemers aanvulling op de WAO verlenen overeenkomstig de voor 1994 geldende WAO-voorwaarden.

Sinds 1 januari 2006 is de WAO vervangen door de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA).¹² Deze keert ten aanzien van degenen die 80 tot 100% arbeidsongeschikt zijn, terug naar de WAO-uitkeringsnormen zoals die vóór 1994 golden, en zal dus gaan leiden tot een afschaffing van de reparatieregelingen voor deze groep. Maar dezelfde WIA is zo zuinig voor arbeidsongeschikten met nog meer dan 20% arbeidsgeschiktheid, dat men hier gemakkelijk een nieuw terrein ontwaart, dat zich leent voor reparatie in de sfeer van de arbeidsrechtelijke sociale zekerheid.

Een heel conflictueus stuk arbeidsrechtelijke sociale zekerheid treft men dan verder aan in art. 7:658 BW, dat de werknemers de kans biedt om bij arbeidsongevallen en beroepsziekten de zogenaamde excedentschade – de meerdere schade dan die welke door de wettelijke sociale zekerheid gedekt wordt – van de werkgever te vorderen. Vroeger werd dit artikel nauwelijks gebruikt (tot 1967 was het

11 Krachtens de Wet terugdringing beroep op de arbeidsongeschiktheidsregelingen, Wet van 7 juli 1993, *Stb.* 1993, 412.

12 Wet van 10 november 2005, *Stb.* 2005, 572.

gebruik ervan door de wetgever ook praktisch uitgesloten), maar sinds enkele decennia wordt er een toenemend beroep op gedaan. Een verdere intensivering van dat beroep mag worden verwacht, nu de WIA nog zuiniger is geworden voor gedeeltelijk arbeidsongeschikten dan de WAO al was.

Een vierde exercitieveld voor de arbeidsrechtelijke sociale zekerheid vindt men in de werkloosheid. Vanouds hebben hier de wettelijke opzegtermijnen een stukje arbeidsrechtelijke sociale zekerheid geboden. Die termijnen zijn in de jaren vijftig, zestig en zeventig van de vorige eeuw steeds langer geworden. Door de wet Flexibiliteit en zekerheid van 1999¹³ zijn ze weer iets teruggedrongen.

Met betrekking tot de werkloosheidsuitkeringen bestaan er sinds jaar en dag de nodige regelingen, die bepaalde hogerbetaalde categorieën werknemers bij werkloosheid aanvullingen op de WW-uitkeringen toezeggen. Maar ook voor het lagerbetaalde personeel werden werkgevers steeds toeschietelijker om aanvullingen op de WW-uitkeringen te verstrekken, omdat dit een goedkope mogelijkheid was om in der minne van overtollig of versleten geacht personeel af te komen. Die mogelijkheid is allengs verdwenen, eerst (in 1995) door aanscherping van de criteria om voor WW in aanmerking te komen¹⁴ en vervolgens door de vermindering van (het recht op) de prestaties van de WW: afschaffing van de zogeheten vervolguutkering (2003), verhoging van de referte-eis en beperking van de uitkeringsduur van maximaal 5 jaar tot ruim 3 jaar (in 2006).¹⁵ Aldus ontstond ook op het domein van de werkloosheidsuitkeringen behoefte aan ‘reparatie van het WW-gat’. Het Ingenieursbureau Oranjewoud in Heerenveen kwam in september 2003 met de bonden overeen, dat het bedrijf voor de bij hen ontslagen werknemers, die na het verstrijken van de loongerelateerde WW-uitkering nog werkloos zijn, een uitkering zou verstrekken van 6 tot 24 maanden, afhankelijk van de leeftijd van de werknemer.¹⁶ Maar dit bleek al snel de spreekwoordelijke zwaluw te zijn, die nog geen lente bracht. Collectieve aanvullingen op de bestuursrechtelijke sociale zekerheid bij werkloosheid vindt men ook opgenomen in de talloze sociale plannen, die opgemaakt worden bij bedrijfsreorganisaties.¹⁷

Individuele reparaties gebeuren reeds enige tijd vooral in de sfeer van de top van de arbeidsmarkt: daar weet men steeds vaker zijn positie veilig te stellen via allerlei op voorhand vastgelegde vertrekregelingen.¹⁸ En uiteindelijk kan iedere werknemer, die niet tevreden is met de hem/haar aangeboden vertrekregeling, bij de kantonrechter een betere vergoeding vorderen op basis van art. 7:681 en 7:685 BW. De befaamde kantonrechtersformule komt dan snel naar voren als meetlat.

13 Wet van 14 mei 1998, *Stb.* 1998, 300.

14 Wet van 22 december 1994, *Stb.* 1994, 955.

15 Wetsvoorstel tot wijziging van het WW-stelsel, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 370.

16 *De Volkskrant*, 27 september 2003.

17 C. Boos e.a., a.w., p. 143-166.

18 C. Boos e.a., a.w., p. 167-171.

12.3 Juridische problemen

De omschakeling van bestuursrechtelijke sociale zekerheid naar arbeidsrechtelijke sociale zekerheid verloopt niet altijd zonder juridische problemen.

Een lastige factor is, dat menig werknemer meer moeite zal hebben om arbeidsrechtelijke sociale zekerheid bij de civiele rechter te claimen, dan publiekrechtelijke sociale zekerheid bij de bestuursrechter. Bij de laatstgenoemde instantie strijdt men tegen een externe uitvoeringsorganisatie en zodoende worden de verhoudingen tussen werkgever en werknemer niet belast.

Bij de civiele rechter moet men soms tegen de eigen werkgever strijden en dat is, wanneer het tijdens de dienstbetrekking moet gebeuren, niet echt gezond voor de arbeidssfeer en dat zal werknemers afschrikken om hun recht te zoeken. Bovendien kunnen civiele proceskosten hoger uitvallen en kan ook de toegang tot de rechter wat moeilijker zijn, met name door de labiele constructie van art. 14 WCAO. In de praktijk blijkt de geschillenregeling met betrekking tot de loon-doorbetalingsverplichting tot een veel geringer beroep op de rechter te leiden dan vroeger met de Ziektewet. Is dat nu zorgelijk of niet?

Diverse arbeidsrechtelijke regelingen zijn geënt op een bepaalde tekst van de bestuursrechtelijke sociale zekerheid. Als die wettekst tussentijds verandert dan rijst nog wel eens een vraag met betrekking tot het voortbestaan van de arbeidsrechtelijke regeling. Vooral als die verandering hogere werkgeverslasten tot gevolg heeft, dan willen werkgevers daar nogal eens onderuit. Mij dunkt, dat de rechtspraak tot nu toe een goede balans heeft gevonden, door niet meteen een breuk in bestaande regelingen te accepteren.¹⁹ Het gaat om sociale zekerheid en de werknemers moeten erop kunnen vertrouwen, dat die hen niet van de ene dag op de andere zal worden ontnomen. Wel is het duidelijk, dat werkgevers bij expiratie van bestaande contracten hun vrijheid herwinnen ook met betrekking tot de arbeidsrechtelijke sociale zekerheid.

In de sfeer van werkloosheid is er het lastige probleem van de verhouding tussen de WW-uitkeringen²⁰ en de ontslagvergoeding. Het laat zich begrijpen, dat werknemers deze beide het liefst cumulatief ontvangen, terwijl werkgevers goedkoper uit zijn, als ze alleen maar de WW-uitkeringen hoeven aan te vullen. De uitvoerder van de WW ziet het liefst, dat de werknemer eerst zijn opzegvergoeding moet opmaken en pas daarna een beroep kan doen op WW-uitkering. Hierover wordt al jarenlang touw getrokken. In 2003 probeerde het kabinet nog de ontslagvergoedingen volledig te korten op de WW-uitkeringen, maar dit voornemen werd later opgeborgen. De huidige regeling is, dat bij de vergoeding ex art. 7:685 BW eerst de fictieve opzegtermijn in acht wordt genomen en pas daarna de WW gaat

19 Vgl. Hof 's-Hertogenbosch, 1 april 2003 en (in dezelfde zaak) Hoge Raad 4 februari 2005, JAR 2005/51 (Frans Maas/FNV).

20 Een vergelijkbaar probleem speelt in de verhouding tussen IOAW-uitkeringen en de ontslagvergoeding, zie E.G. Hoorn, *Arbeid-Integraal*, 2006/1, p. 27.

lopen. Een afvloeiingsregeling wordt niet gekort op de WW, wel echter een vut-uitkering of een andere regeling in verband met ouderdomspensioen. Ook de fiscus kijkt mee. Die heft graag subiet belasting over ontslagvergoedingen en om daaraan te ontkomen hebben fiscalisten en de advocatuur de figuur van het stamrecht ontwikkeld.

Andere juridische problemen kunnen er opdoemen in de sfeer van het internationale socialezekerheidsrecht. Zo is de vraag gerezen of de omslag van de wettelijke sociale zekerheid naar de arbeidsrechtelijke sociale zekerheid wel toelaatbaar is tegen de achtergrond van internationale verdragsverplichtingen. Wat de verplichting tot loondoorbetaling bij ziekte betreft, vinden we een eerste negatief antwoord bij de Experts van het Europees Sociaal Handvest, maar wordt het geaccepteerd door de Experts van de IAO.²¹

Een verder probleem is er met het EG-coördinatiestelsel. Wanneer een verschuiving van de wettelijke sociale zekerheid naar de arbeidsrechtelijke sociale zekerheid plaatsvindt, is het de vraag of de betreffende premies en uitkeringen nog wel gedekt worden door het EG-coördinatiestelsel en door de andere coördinatieregelingen. Een voorbeeld van een positieve beantwoording vinden we in de loondoorbetalingsverplichting.²²

Wel ligt hier het gevaar van sociale dumping op de loer. Arbeid door vreemde arbeidskrachten kan de wettelijke sociale zekerheid niet ontgaan vanwege de hoofdbeginselen van het coördinatiestelsel voor sociale zekerheid. Maar veel meer mogelijk lijkt het om de arbeidsrechtelijke sociale zekerheid te ontlopen. In elk geval is de handhaving ervan moeilijker omdat vreemde arbeidskrachten nog minder gauw een civiele vordering zullen indienen over hun arbeidsrechtelijke sociale zekerheidsrechten dan Nederlandse werknemers.

Een ander kwestieus punt is, dat arbeidsrechtelijke sociale zekerheid minder bestand is tegen uitholling en ondermijning dan de bestuursrechtelijke sociale zekerheid. Weliswaar lijkt de overstap van bestuursrechtelijke sociale zekerheid naar arbeidsrechtelijke sociale zekerheid geen grote nadelen te hebben wat betreft de dekking. Vermoedelijk vallen 70 tot 90% van de werknemers onder collectieve arbeidsovereenkomsten en andere arbeidsrechtelijke arrangementen, waardoor de dekking voor hen verzekerd blijft. Een en ander is te danken aan de mechanismen van algemene sectorale verplichtstelling, vervat in het cao-recht en in de Bedrijfstakpensioenfondsenwet. Maar zelfs als die aanname juist is, dan nog zijn enkele andere aspecten in dezen relevant.

In de eerste plaats is natuurlijk de teruggang van 100% naar ca. 70 tot 90% niet onbelangrijk. Voor een deel gaat het bij de uitvallende groep om mensen aan de

21 Vgl. F.J.L. Pennings (red.), *Between Soft and Hard Law*, Den Haag, 2006, p. 96-97.

22 Vgl. HvJ EG 3 juni 1992, zaak 45/90, *Jur.* 1992, p. I-3423 (*Paletta*).

bovenkant van de arbeidsmarkt, maar voor een ander deel gaat het zeker ook om velen, die dicht bij de armoedegrens zitten.

In de tweede plaats is het van belang, dat het cao-recht en de Bedrijfstakpensioenfondsenwet blijven functioneren zoals ze tot op heden doen. Als die mechanismen zouden ophouden te werken zou de dekkingsgraad van de arbeidsrechtelijke sociale zekerheid wel eens zeer snel kunnen teruglopen. Een en ander hangt samen met het probleem van de lidmaatschapsgedragingen van de werkgeversorganisaties en de vakbonden. Als die drastisch gaan afnemen, storten deze systemen in.²³

12.4 Ideologische overwegingen

De arbeidsrechtelijke sociale zekerheid is – zoals in het begin gesteld – opgekomen in een periode waarin van bestuursrechtelijke sociale zekerheid nog geen sprake was.²⁴ Toen die laatste tot volle wasdom kwam werd natuurlijk veel gras voor de voeten van de arbeidsrechtelijke sociale zekerheid weggemaaid. Maar zij is altijd in een bepaalde hoek van de verzorgingsstaat blijven bloeien. Zij ontleende haar recht op voortbestaan aan het feit, dat de bestuursrechtelijke sociale zekerheid nimmer de ambitie heeft gehad om een zodanige sociale zekerheid te bieden, dat een ieder daarmee zijn levensstandaard op peil kan houden, wanneer de grote risico's van het leven – werkloosheid, arbeidsongeschiktheid, zorgkosten, ouderdom en overlijden – zich aandienen. Het beterverdienende deel van de bevolking heeft dan aanvullende inkomensbescherming nodig.

De behoefte aan aanvullende inkomensbescherming is dan ook enorm gestegen toen de wetgever in de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw het tot dan toe bestaande niveau van de bestuursrechtelijke sociale zekerheid stapsgewijs is gaan verlagen. Die stapsgewijze verlaging werd mede veroorzaakt door het ideologische streven naar het terugbrengen van de wettelijke sociale zekerheid tot een soort ministelsel.²⁵

Het is evident, dat de arbeidsrechtelijke sociale zekerheid minder ruimte biedt voor het opleggen van gedwongen solidariteit dan de bestuursrechtelijke sociale zekerheid.

In algemene, bestuursrechtelijke regimes kan men 'jong' verplichten om mee te betalen voor 'oud', rijk voor arm en niet-risicogroepen voor risicogroepen. In de arbeidsrechtelijke sociale zekerheid is zeker niet elke solidariteit verdwenen,

23 Vgl. A.T.J.M. Jacobs, 'Herijking van de algemeen verbindend verklaring van CAO's', in R.A.A. Duk e.a., *CAO-recht in beweging*, Den Haag, 2005, p. 21 e.v.

24 Voor een mooie terugblik daarop: F.M. Noordam, 'Sociale Zekerheid: een uiterst veranderlijk verschijnsel (I)', *SMA* 2005, p. 272.

25 A.T.J.M. Jacobs, *Veranderend sociale zekerheidsrecht*, Lelystad: Vermande 1997, p. 28-31.

maar ze is zeker beperkter. Doordat die solidariteit vaak een sectoraal of zelfs een individueel karakter heeft, is het veel gemakkelijker voor bepaalde groepen en individuen, die zich (nog) niet door het risico geraakt voelen, om zich aan meebetalen te onttrekken. Dat geldt sowieso voor de individuele arbeidsrechtelijke sociale zekerheid, maar het geldt, zij het in mindere mate, ook voor de arbeidsrechtelijke sociale zekerheid, vervat in collectieve bronnen als cao, personeelsgids, e.d.

Wie ‘solidariteit’ een overheersende waarde acht, zal dus de verschuiving van bestuursrechtelijke naar arbeidsrechtelijke sociale zekerheid geen vooruitgang vinden. Maar menigeen is van oordeel, dat – gezien de toenemende individualisering en atomisering van de samenleving – het element van gedwongen, opgelegde ‘solidariteit’ in ons juridisch bestel te groot was geworden en dat een zekere afslanking van de opgelegde solidariteit wel degelijk gerechtvaardigd is om meer ruimte te scheppen voor het nemen van eigen verantwoordelijkheid.

De politieke wens om werkgevers meer eigen verantwoordelijkheid te laten dragen voor een terugdringing van het ziekteverzuim was ongetwijfeld hét motief voor de grootste uitbreiding van de arbeidsrechtelijke sociale zekerheid van de laatste jaren, de invoering en verlenging van de loondoorbetalingsverplichting van de werkgever bij ziekte van de werknemer. Blijkbaar werkte de bestuursrechtelijke sociale zekerheid een royaal gebruik van de ziekengelduitkeringen te weinig tegen. Wie een benadrukking van de eigen verantwoordelijkheid van werkgevers en werknemers een groot maatschappelijk belang vindt, zal hier dus positief tegenover staan. Een verschuiving van de verantwoordelijkheid voor regelgeving en de uitvoering en handhaving ervan in de richting van de sociale partners wordt vaak ook positief gewaardeerd. In de arbeidsrechtelijke sociale zekerheid kunnen de sociale partners meer verantwoordelijkheid dragen. Dat past goed in het Nederlandse poldermodel.²⁶

Maar daar zit ook een schaduwzijde aan. Critici constateren terecht, dat de sociale partners via de arbeidsrechtelijke sociale zekerheid meer dan eens een zuinig gebruik ervan – en dat is een van de belangrijkste oogmerken van de bestuursrechtelijke sociale zekerheid – doorkruisen. Dat doorkruisen deden de sociale partners al in de jaren tachtig van de vorige eeuw met hun lakse toepassing van de WAO en WW, waardoor deze regelingen ideale uittrederoutes werden en zo de oorzaak waren van de lage participatiegraad, die toen heerste. De wetgever heeft de sociale partners toen welbewust en rigoureuus op een grote afstand van de uitvoering en het toezicht op de bestuursrechtelijke sociale zekerheid gezet. Daarop startten evenwel de sociale partners een brede actie om alle verslechtingen in de bestuursrechtelijke sociale zekerheid te repareren in de arbeidsrechtelijke

26 Vgl. A.T.J.M. Jacobs, ‘De sociale partners als wetgever’, in Ph. Eijlander e.a. (red.), *Wetgeven en de maat van de tijd*, Zwolle, 1994, p. 221.

sociale zekerheid. Dit gebeurde in de jaren negentig van de vorige eeuw in de sfeer van de reparatie van het WAO-gat en het Anw-hiaat. Een recent voorbeeld is de wijze waarop de sociale partners de VUT en het prepensioen in stand hebben weten te houden: door haar onderdeel te maken van de definitieve ouderdomspensioenregeling. Zelfs PvdA-leider Bos moest erkennen, dat daarmee toch wel de bedoelingen van de regering zijn gefrustreerd.²⁷

Bij al dit repareren maakten de sociale partners dankbaar gebruik van de vriendelijke instrumenten, die de wetgever hun eerder beschikbaar had gesteld: de algemeenverbindendverklaring en de fiscale faciliteiten. Politici blijven worstelen met de vraag hoe zij op dit kat-en-muisspel vat kunnen krijgen. De nieuwste techniek ziet men in de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen: de met smart verbeide optrekking van de WIA-uitkering bij volledige arbeidsongeschiktheid van 70 naar 75% van het laatstgenoten loon is door de wetgever onder meer afhankelijk gemaakt van het antwoord op de vraag of de cao-partijen de aanvullingen op de loondoorbetaling hebben beperkt tot 170% van het loon over de voorliggende 2 jaar.²⁸

Wij stoten daarbij echter op een belangrijk politiek-juridisch probleem: de vraag hoever de vrijheid van de sociale partners reikt om de arbeidsrechtelijke sociale zekerheid naar eigen goeddunken in te richten. Die vrijheid is zeker niet absoluut, zoals blijkt uit het feit dat er ook in de arbeidsrechtelijke sociale zekerheid geen sprake mag zijn van ongelijkheid tussen mannen en vrouwen. Europees recht²⁹ en nationaal recht³⁰ hebben een dergelijk onderscheid uitdrukkelijk verboden en daarmee ook wel degelijk ingegrepen in bestaande regelingen. Maar hoeveel verder mag de wetgever nog gaan met het stellen van grenzen aan de onderhandelingsvrijheid van de sociale partners op dit vlak? Keer op keer zal de vraag blijven terugkeren: welke instrumenten mag de regering – gelet op het grondrecht van vrij collectief onderhandelen -gebruiken om de sociale partners te weerhouden van operaties, die dwars tegen de doelstellingen van de wetgever ingaan? Een nog onopgelost dilemma, dat als een zwaard van Damocles boven de arbeidsrechtelijke sociale zekerheid hangt.

12.5 Parade der verzekeraars

De arbeidsrechtelijke sociale zekerheid heeft stellig mede een impuls gekregen door het groeiende geloof in marktwerking en concurrentie. In de afgelopen decennia meenden velen, dat als de verantwoordelijkheid voor de inkomensbescherming zou worden overgedragen aan de werkgevers, deze zich daartegen zou-

27 W. Bos in *de Volkskrant*, 28 april 2006.

28 Zie de memorie van toelichting bij art. 126 WIA.

29 Richtlijn 96/97/EG van 20 december 1996.

30 Wet van 12 maart 1998, *Stb.* 187.

den kunnen indekken op de markt van veelal private verzekeraars. Die zouden hen, beter dan dat binnen de bestuursrechtelijke sociale zekerheid mogelijk was, op maat gesneden polissen kunnen aanbieden, met alle prikkels op een zuiniger gebruik van dien.

Tegen die achtergrond werd het risico voor kortdurend arbeidsverzuim grotendeels verlegd naar de arbeidsrechtelijke loondoorbetalingsverplichting en werd in het kader van de WAO de mogelijkheid van opting-out geschapen.³¹ Ook voor de verzekering van het WAO-gat en het Anw-hiaat dienden private verzekeraars zich aan. Straks mogen verzekeraars in volle omvang verzekeringen voor de WIA-loondervingsuitkeringen gaan aanbieden in concurrentie met de UWV.

Werkgevers hoeven zich echter niet bij elk nieuw stuk arbeidsrechtelijke sociale zekerheid in de armen van commerciële verzekeraars te werpen. Soms kunnen zij ervoor kiezen dergelijke risico's zelf te dragen of ze af te dekken bij non-profit-organisaties zoals pensioenfondsen.

Men zou kunnen menen, dat het werknemers een zorg zal zijn hoe deze keuzes worden gemaakt, maar wie iets verder doordenkt begrijpt, dat hier toch ook wel werknemersbelangen liggen: particuliere verzekeraars zijn streng en hun verzekeringen leggen vaak feitelijk een grotere druk op de werknemers dan die, welke door ambtelijke uitkeringsinstanties en pensioenfondsen worden uitgevoerd. Bovendien: als de werkgever deze zaken slecht regelt en ooit in betalingsonmacht komt te verkeren, komen de aanspraken van werknemers wel degelijk in gevaar. De jarenlange processen over het honoreren van de vorderingen op aanvullende socialezekerheidstoezeggingen, gedaan door het failliete bedrijf DAF Trucks wijzen daarop.

Vandaar dat vooral in de sfeer van de aanvullende pensioenen stevige regelingen zijn ontstaan: machtige pensioenfondsen, die niet onderhevig zijn aan het wel en wee van de onderneming. Deze pensioenfondsen hebben de private verzekeraars enigszins naar de marge van de aanvullende pensioenvoorziening gedrukt.

Omdat hier dus ook de werknemersbelangen meespelen vormen deze kwesties soms ook onderwerp van het overleg van de sociale partners over de cao. Die verplicht werkgevers vaak tot het afsluiten van aanvullend pensioen; soms ook tot het afdekken van de aanspraak ex art. 7:629 BW.³² Dat mogen ze zonder twijfel. Alleen kunnen cao-afspraken in deze laatste sfeer geen algemeenverbindendverklaring krijgen op een specifieke verzekeraar.³³ Dat zou indruisen tegen de nationale en Europese regels van mededingingsrecht. Slechts in de sfeer van de aanvullende pensioenvoorziening mogen wél algemeen verbindende regelingen wor-

31 Wet van 24 april 1997, *Stb.* 1997, 175.

32 Vgl. I.P. Asscher-Vonk/W.J.P.M. Fase, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, 17e druk, p. 377.

33 Vgl. art. 4.3.5 en 6.2 van het Toetsingskader algemeen verbindendverklaring van cao-bepalingen van 2 december 1998, *Stcrt.* 1998, 240.

den getroffen om de pensioenvoorziening bij een bepaald non-profit-pensioen-fonds onder te brengen.³⁴

Het is denkbaar, dat de vakbonden zelf, in eerste instantie buiten de werkgevers om, reparatie van de verslechtingen in de sfeer van de bestuursrechtelijke arbeidsongeschiktheids- en werkloosheidsuitkeringen gaan zoeken – ik wees er al op, dat de werknemerskassen een van de bronnen van oorsprong van de vakbonden vormt. Vanouds bieden de vakbonden in hun pakket ledenservice hun leden de mogelijkheid om via collectief door de vakbonden overeengekomen verzekeringen met private verzekeraars goedkopere autoverzekeringen, ongevallenverzekeringen en dergelijke af te sluiten. Denkbaar is, dat de vakbonden weer meer actief worden om hun leden aanvullende verzekeringen aan te bieden die dekking geven tegen inkomensverlies bij arbeidsongeschiktheid en werkloosheid. Het is dan bovendien denkbaar, dat de vakbonden vervolgens in het cao-overleg van de werkgevers gaan eisen, dat die meebetalen aan de premie voor dergelijke verzekeringen en ten slotte is denkbaar, dat – met het oog op zulk meebetalen – de collectieve verzekering wordt opengesteld voor alle werknemers en niet alleen voor de leden. Het schijnt, dat de vakbonden eind 2003 dit soort zaken hebben laten onderzoeken bij diverse particuliere verzekeraars,³⁵ maar naar ik meen is daar nog niet veel van terechtgekomen. Wél heeft de vakbeweging bij gelegenheid van de invoering van het nieuwe zorgverzekeringsstelsel in 2006 inderdaad collectieve polissen afgesloten en aangeboden aan haar leden. De vraag moet gesteld worden of de Nederlandse vakbeweging deze zaak niet te veel uit haar handen heeft laten glippen. De sociale zekerheid kan een krachtig bindmiddel voor de vakbeweging vormen. We zien dat in België en Scandinavië. We zagen het heel dramatisch in Israël, waar de vakbonden ooit een uitstekende organisatiegraad bereikten (rond 90%) mede omdat zij de ziektekostenverzekering geheel in handen hadden. Toen die hun in 1995 werd ontnomen, stortte de organisatiegraad snel in naar 19%.³⁶

Al met al is men geneigd zich af te vragen hoeveel garen de commerciële verzekeraars nu eigenlijk hebben gesponnen bij de toename van de arbeidsrechtelijke sociale zekerheid. Aanvankelijk leek het er niet op, dat zij hier een grote slag hebben geslagen³⁷, maar rond 2003 kwam naar buiten dat ze toch al zo'n 70.000 verzekeringen hadden kunnen afsluiten met betrekking tot de opting-out van de WAO. Wellicht beschouwden de commerciële verzekeraars het gevecht om deze markten als eerste vingeroefening. Veel grotere vissen zijn op te halen uit de vij-

34 HvJ EG 21 september 1999, NJ 2000, 233; E. Franssen, A. Jacobs, A. Jaspers en K. Mortelmans, *SMA* 2000, p. 324.

35 Vgl. *de Volkskrant* september 2003; *Brabants Dagblad* 24 september 2003.

36 F. Raday, 'The Decline of Union Power – Structural Inevitability or Political Choice?', in J. Conaghan e.a., *Labour Law in an Era of Globalisation*, Oxford, 2002, p. 356-357.

37 G.-J. Bogaerts in *de Volkskrant*, 1 juni 1996.

ver van de zorgverzekering en uit die van de aanvullende pensioenvoorziening. De slag om de markt van de zorgverzekeringen open te breken is gelukt onder het kabinet-Balkenende II met de nieuwe Zorgverzekeringswet van 2006, die ziekenfondsen en commerciële verzekeraars op gelijke voet heeft geplaatst. Als de kruitdamp op dat slagveld is opgetrokken, komt ongetwijfeld de slag om de aanvullende pensioenvoorziening aan bod. Het ministerie van Financiën oefent al de nodige druk uit voor maximale vrijheid voor financiële instellingen om met pensioenproducten de Nederlandse en Europese markt op te gaan.³⁸

12.6 Conclusies

De arbeidsrechtelijke sociale zekerheid is lange tijd het ondergeschoven kindje geweest van de opleiding sociale zekerheid. Ze mag dat niet langer meer zijn, al was het alleen maar vanwege het feit, dat ze inmiddels een flinke omvang heeft aangenomen. Het zou mij niet verbazen, wanneer ze momenteel in de orde van grootte van een zesde tot een vijfde van de totale arbeidskosten van de werkgever komt.

Het lijkt mij waarschijnlijk, dat de trend tot toename van de arbeidsrechtelijke sociale zekerheid in verhouding tot de bestuursrechtelijke sociale zekerheid zal voortduren.

In de eerste plaats omdat bijna alle grote politieke stromingen (christen-democraten, sociaal-democraten en liberalen) weinig meer ophebben met een uitbreiding van de rol van de staat, maar erop uit zijn om met een zo klein mogelijke staat zo veel mogelijk doelen te bereiken. Er is een voorkeur om minder zelf te regelen en meer het regelen door betrokkenen aan te moedigen en te vergemakkelijken. Vandaar de aanhoudende reductie van de bestuursrechtelijke sociale zekerheid in de richting van een minimumniveau en het schuiven van lasten en verantwoordelijkheden naar werkgevers en werknemers in het kader van de arbeidsovereenkomst.

In de tweede plaats omdat het steeds groter wordende deel van de bevolking, wier inkomen aanzienlijk boven het minimum ligt, eraan hecht om hun levensstandaard op peil te houden, wanneer de grote risico's van het leven – arbeidsongeschiktheid, zorgkosten, werkloosheid en ouderdom – zich voordoen. Zij nemen geen genoegen met minimale voorzieningen en streven naar aanvullende sociale zekerheid, die mede in het kader van de dienstbetrekking gevonden kan worden. Zie in Amerika het grote en onverminderde belang van de *benefit plans* van de ondernemingen in de sociale zekerheid.³⁹

38 *Het Financiële Dagblad*, 3 april 2006.

39 Vgl. Antoine Jacobs, *Sociale Rechten in Amerika*, Utrecht, 2003, p. 240-241.

Deze opsomming van de voor- en nadelen van de overstap van bestuursrechtelijke naar arbeidsrechtelijke wettelijke sociale zekerheid heeft aangetoond, dat er geen neutraal, waarde vrij oordeel daarover mogelijk is. Gelukkig hoeven wetenschappers dat dan ook niet uit te maken. Het zijn de sociale partners en de politiek die hier de keuzes maken.

Het moge dan zo zijn, dat de arbeidsrechtelijke sociale zekerheid in haar verschijningsvorm van bovenwettelijke sociale zekerheid veel vragen oproept bij economen en politici. Ze plaatst werkgevers voor extra lasten, die de concurrentiepositie van het Nederlandse bedrijfsleven belasten en ze kan werken als een rem op de arbeidsmarktdynamiek. Toch zijn de bovenwettelijke uitkeringen zeer populair, omdat ze de betrokkenen een beter uitzicht bieden op het ophouden van de levensstandaard en het behoud van de koopkracht dan de bestuursrechtelijke sociale zekerheid. De vakbeweging zal zich daarom blijven inspannen voor dit soort regelingen, waarmee ze zichzelf ook kan profileren. Alle gemor van economen en politici ten spijt, die daar ook weinig aan kunnen tegenhouden omdat al dit bovenwettelijke gebeuren beheerst wordt door de vrijheid van collectief onderhandelen, waarop vakbonden althans ten principale aanspraak kunnen maken en waarin zij ook hun eisen kracht kunnen bijzetten met het stakingsrecht.

De arbeidsrechtelijke sociale zekerheid zal zeker nog lange tijd bij ons zijn en misschien nog wel krachtiger gaan glinsteren dan de bestuursrechtelijke sociale zekerheid.

Begripsvorming in het civiele arbeidsrecht en socialeverzekeringsrecht

Cees Loonstra en Wijnand Zondag

13.1 Inleiding

In zijn oratie uit 1993 wees Fase¹ op een gevaarlijk begeleidend verschijnsel van de alsmaar verdergaande specialisatie binnen het recht en dus ook binnen het sociaal recht. De kans op desintegratie – verbrokkeling – neemt toe omdat de onderlinge verbanden tussen de relevante rechtsgebieden niet goed (meer) worden overzien. Het belang van juridische vraagstukken op het snijvlak van twee samenhangende vakgebieden, vraagstukken met soms niet onbelangrijke implicaties voor de rechtspraktijk en voor het wetgevingsproces, wordt in onvoldoende mate onderkend. Fase (voor)zag deze mogelijke desintegratie ook tussen het arbeidsrecht en het socialeverzekeringsrecht en wijdde zijn inaugurele rede dan ook aan het thema betreffende de wisselwerking tussen deze twee rechtsgebieden: ‘Ik zal u trachten duidelijk te maken, dat het sociaal verzekeringsrecht een grondige arbeidsrechtelijke kennis niet kan ontberen, evenmin als het denken over arbeidsrechtelijke vraagstukken de socialeverzekeringscomponent straffeloos kan verwaarlozen.’² Frits Noordam zal het met deze uitspraak van zijn collega Fase, getuige onder meer het niet geringe aantal publicaties van zijn hand dat zich bevindt op het snijvlak van twee deelgebieden van het sociaal recht, van harte eens zijn, hoewel hij niet enkel op de relatie tussen socialeverzekeringsrecht en arbeidsrecht zal wijzen maar tevens op de relatie tussen socialeverzekeringsrecht en bestuursrecht.³ Het lijkt ons geen boude bewering te betogen dat Frits Noordam gedurende zijn academische loopbaan een substantiële bijdrage heeft geleverd aan de wetenschappelijke bestudering van de samenhang die

1 W.J.P.M. Fase, *Wederzijds begrip. Over de aansluiting tussen het arbeids- en sociale verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 1993.

2 Fase, a.w., p. 5 en 6.

3 Wij noemen, naast het fraaie vijfde hoofdstuk uit zijn boek *Inleiding Socialeverzekeringsrecht* (dat tot op heden zeven drukken heeft beleefd), F.M. Noordam en P.F. van der Heijden, *De waarde(n) van het sociaal recht: over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking*, preadvies Nederlandse Juristen-Vereniging 2001, Deventer: Tjeenk Willink 2001, p. iii-xii, 1-172, F.M. Noordam, ‘De loonsanctie, beslist niet het mooiste kind van de poortwachter’, *Sociaal Maandblad Arbeid*, 2003, nr. 10, p. 439-450, F.M.

bestaat tussen het (systeem van het) socialeverzekeringsrecht en het arbeidsrecht en het bestuursrecht. Wij denken de scheidende jubilaris in deze bijdrage dan ook niet beter te eren dan door enige grensverkenningen te verrichten op het snijvlak van het socialeverzekeringsrecht en een aanpalend rechtsgebied. Onze keuze is wat dit laatste betreft op het civiele arbeidsrecht gevallen. Uitgangspunt is dat een evenwichtige ontwikkeling van het socialeverzekeringsrecht gebaat is bij het gebruik van binnen dit vakgebied gebezigde begrippen die een gelijklopende betekenis hebben als de betekenis van deze begrippen in het civiele arbeidsrecht, tenzij er van een bijzondere situatie in socialeverzekeringsrechtelijk opzicht kan worden gesproken, welke een andere begripsinhoud vraagt. Uit elke fase van de arbeidsovereenkomst – aangaan, duur en beëindiging – hebben wij een thema geselecteerd. Het gaat hier respectievelijk om het begrip werknemer, de loondoorbetalingsverplichting bij werkloosheid en de dringende reden bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De vraag luidt of en in hoeverre deze begrippen eenzelfde betekenis in de twee deelgebieden van het sociaal recht hebben en of, dan wel in hoeverre, een eventuele afwijking te verklaren c.q. te rechtvaardigen is.

13.2 Het begrip werknemer

Het zijn van werknemer is één van de centrale eisen om in aanmerking te kunnen komen voor een uitkering krachtens de WW, ZW en WAO/WIA. Hoofregel luidt dat werknemer de natuurlijke persoon is, jonger dan 65 jaar, die in privaatrechtelijke of in publiekrechtelijke dienstbetrekking staat (art. 3 WW, ZW, WAO en art. 8 lid 1 en 3 WIA waarin naar het begrip uit de ZW wordt verwezen). Deze definitie maakt aanstonds al duidelijk dat de term werknemer in de socialeverzekeringswetten een enger en een ruimer bereik heeft dan de term werknemer in het civiele arbeidsrecht. Enger omdat de persoon van 65 jaar en ouder die een overeenkomst sluit welke voldoet aan de voorwaarden van art. 7:610 BW, civielrechtelijk gezien werknemer is. Ruimer, omdat de publiekrechtelijke dienstbetrekking niet onder het bereik van boek 7 titel 10 BW valt. Deze verschillen zijn te verklaren en te rechtvaardigen. Vanwege de verstrekking van een AOW-uitkering behoeft de persoon van 65 jaar en ouder niet nog eens extra voor zijn inkomensachteruitgang te worden gecompenseerd ingeval hij loon moet ontberen wegens werkloosheid of arbeidsongeschiktheid wegens ziekte. Op grond van het

Noordam, 'Einde werk, einde verhaal? Vijf modellen', in: C.J. Loonstra (red.), *De onderneming in de 21e eeuw* (Koning-bundel), Den Haag: Boom 2000, p. 327-341 en F.M. Noordam, 'Twintig jaar sociaal recht, twintig jaar diversificatie', in: F.M. Noordam (samensteller), *Sociaalrechtelijke oraties 1977-1997*, Deventer: Kluwer 1998, p. 9-16.

karakter en de ratio van de betreffende uitkeringen maakt het vervolgens niet uit of betrokkene wel of niet in de publieke sector werkzaam is.⁴

Het werknemersbegrip is krachtens wetsduiding (art. 3 lid 2 t/m 8 WW, art. 3 lid 2 t/m 8c ZW, art. 3 lid 2 t/m 7c WAO en art. 8 WIA met verwijzing naar art. 3 lid 2 t/m 8c ZW met uitzondering van art. 4 lid 1 onderdeel g en art. 6 lid 2) eveneens ruimer dan het werknemersbegrip ex art. 7:610 BW. Het gaat dan – zeer globaal gesproken – om rechtsverhoudingen die a) in maatschappelijk opzicht sterk lijken op die van de privaatrechtelijke werknemer (deze worden onder het socialeverzekeringsrechtelijke begrip werknemer geschaard) dan wel b) vanwege hun aard worden buitengesloten. Hoewel dit systeem juridisch-technisch niet eenvoudig is, is alleszins gerechtvaardigd dat op deze gronden de inhoud van de begrippen werknemer in het civiele arbeidsrecht en het socialeverzekeringsrecht niet eenzelfde betekenis hebben.

Meer problemen rijzen in dit opzicht als we de blik richten op de belangrijkste groep van de socialeverzekeringsrechtelijke werknemers, zij die werkzaam zijn in een privaatrechtelijke dienstbetrekking. Onbetwist is dat de term privaatrechtelijke dienstbetrekking doelt op de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst ex art. 7:610 BW en dat de eerste op de tweede gebaseerd dient te zijn. Legt de bestuursrechter (met de Centrale Raad in Beroep, CRvB, als hoogste nationale rechter) het begrip arbeidsovereenkomst echter op gelijke wijze uit als de civiele rechter (de Hoge Raad)?

Uit een in 1997 verschenen publicatie bleken de opvattingen van de CRvB en Hoge Raad niet parallel te lopen met betrekking tot de voorwaarde ex art. 7:610 BW dat de ene partij in dienst van de andere partij is (de gezagsverhouding). Geconcludeerd werd dat de CRvB zich veel meer dan de Hoge Raad afvroeg of de arbeidsverhouding qua werkdiscipline een evident onderdeel is van de arbeidsorganisatie ten behoeve waarvan de arbeid wordt verricht (het formele gezagsbegrip). De Hoge Raad daarentegen baseerde zich veel meer op de werkinhoud en stelde prominenter de vraag centraal of de ene partij krachtens de arbeidsverhouding bevoegd is, tijdens het werk eenzijdig instructies aan de andere partij te geven (het materiële gezagsbegrip).⁵

4 Voor een beschrijving van de personele werkingssfeer, zie F.M. Noordam, *Socialezekerheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 57 e.v. Zie vanuit een rechtshistorische invalshoek de bijdragen van C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, 'De personele werkingssfeer van de socialeverzekeringswetten 1900-1960' en W.J.P.M. Fase, 'De legitimering van het verplichtend karakter van de sociale verzekering', in A.Ph.C.M. Jaspers e.a. (red.), *'De gemeenschap is aansprakelijk ...'*, Den Haag: Koninklijke Vermande 2001, resp. p. 89-103 en 47-65.

5 C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, *Functies onder spanning. Een nieuwe oriëntatie op de gezagsverhouding in de arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 1997. Voorts J.M. Fleuren-van Walsem en T. van Peijpe, 'Gezagsverhouding, de stand van zaken', *SMA* 1995, nr. 7/8, p. 412 e.v.

In 2001 is het thema opnieuw nader verkend.⁶ Zijn de benaderingen ten opzichte van de eis van de gezagsverhouding van CRvB en Hoge Raad over de periode 1997-2001 gewijzigd, aldus luidde de vraagstelling. De resultaten lieten zien dat de Hoge Raad sedert het arrest Groen/Schoevers⁷ het formele gezagsbegrip een belangrijker plaats had toegewezen, door onder meer te overwegen dat de rechter bij de beantwoording van de gezagsvraag de totale rechtsverhouding in ogenschouw dient te nemen. Ook het materiële gezagsbegrip kwam echter aan bod omdat de rechter zich – als de eerder genoemde rechtsverhouding in totaliteit onvoldoende aanknopingspunten biedt voor het aannemen van een gezagsverhouding – moet afvragen of de aard van de gezagsverhouding toch niet alsnog moet leiden tot het oordeel dat van een arbeidsovereenkomst kan worden gesproken.⁸ De rechtspraak van de CRvB over de genoemde periode was (opmerkelijk) minder consistent dan daarvoor. Naast de reeds lang beproefde benadering (organisatorische inbedding als insteek) kon tevens op jurisprudentie worden gewezen waarin de vraag over de al dan niet aanwezigheid van een gezagsrelatie strikt vanuit het materiële gezagsbegrip werd beantwoord. Per saldo was de conclusie dat de rechtspraak van de twee rechtscolleges meer naar elkaar toe leken te groeien, hoewel de kentering in de rechtspraak van de CRvB minder aansluiting ging vertonen bij meer moderne opvattingen over de aard van arbeidsverhoudingen.⁹ Op één punt liepen de lijnen duidelijk uiteen. In Groen/Schoevers benadrukte de Hoge Raad het belang van het oordeel wat partijen met het sluiten van de overeenkomst hadden beoogd. De bedoeling van partijen was daarmee onderdeel geworden van het beslismodel dat moest leiden tot de beantwoording van de vraag of er van de aanwezigheid van een gezagsverhouding kon worden gesproken. De CRvB liet niet blijken dit aspect in zijn oordelen te willen betrekken en beperkte zich tot de algemene constatering dat beantwoording van de vraag of partijen tot elkaar in een gezagsverhouding stonden, afhankelijk is van alle feiten en omstandigheden van het geval.

Hoe is de stand van zaken anno 2006? De rechtspraak van de Hoge Raad ex art. 7:610 BW laat zien dat de in Groen/Schoevers uiteengezette benadering is gehandhaafd en zelfs – zo zouden we het willen noemen – aangescherpt. Het arrest Van der Male/Den Hoedt uit 2003¹⁰ toont aan hoe belangrijk voor de Hoge Raad de toets is aan datgene wat partijen hebben beoogd. Hoewel strikt genomen aan de definitie van de arbeidsovereenkomst was voldaan, luidde de slotsom dat geen overeenkomst ex art. 7:610 BW tot stand was gekomen, omdat partijen zulks

6 C.J. Loonstra en W.A. Zondag, 'Het begrip 'werknemer' in nationaal, rechtsvergelijkend en communautair perspectief', *ArA* 2001/1, p. 4-29. In meer modieuze termen: de Hoge Raad werd progressiever, de CRvB werd conservatiever.

7 HR 14 november 1997, JAR 1997/263.

8 Zie voor deze analyse C.J. Loonstra, 'De gezagsverhouding ex art. 7:610 BW', *SR* 2005-3, p. 87 e.v.

9 Zie daarover al C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, 'Erosie in de gezagsverhouding: de koers van de Hoge Raad', *NJB* 1998, p. 817 e.v.

10 HR 10 oktober 2003, JAR 2003/263.

nooit hebben beoogd. Het ruim een jaar later gewezen arrest Diosynth/De Groot accentueert deze lijn: eerst zal de bedoeling van partijen door de rechter moeten worden vastgesteld, alvorens de toets kan worden vervolgd met beoordeling van de wijze waarop partijen daaraan in de periode daarna vorm hebben gegeven.¹¹ De CRvB volhardt in zijn afwijzing van de toets aan de bedoeling van partijen. In een uitspraak van 17 november 2005 wordt expliciet betoogd (en het lijkt alsof de Hoge Raad wordt toegesproken):

‘De Raad stelt voorop dat blijkens vaste jurisprudentie van deze Raad voor de beantwoording van voormelde vraag niet doorslaggevend is hoe de arbeidsverhouding door de partijen zelf wordt gekwalificeerd, of wat partijen bij het aangaan van de overeenkomst hebben beoogd. Alle relevante feiten en omstandigheden van het geval moeten in aanmerking worden genomen.’¹²

Zonder rekening te houden met de partijbedoeling, spelen voor de CRvB in het kader van de relevante feiten en omstandigheden zowel het formele als het materiële gezagsbegrip een rol van betekenis, echter op een wijze die als wisselend, niet-consistent kan worden aangemerkt. Zo wordt soms geoordeeld dat er moet worden gezocht naar aanknopingspunten die aangeven of organisatorische dan wel werkinhoudelijke aanwijzingen dienden te worden opgevolgd. Het formele gezagsbegrip wordt dus als toetsingscriterium gehanteerd.¹³ In andere uitspraken oordeelt de CRvB dat een gezagsverhouding aanwezig is, omdat betrokkene werk verrichtte dat tot de kernactiviteiten van de organisatie behoort, terwijl dat werk bovendien in het organisatorische kader van degene die hem arbeid heeft laten verrichten, is ingebed. Min of meer aansluitend op deze benadering wordt de aanwezigheid van een gezagsverhouding eveneens gemotiveerd met verwijzing naar de werkzaamheden die tot de eigenlijke bedrijfsarbeid (de kerntaken van de onderneming) behoren, met daaraan de toevoeging dat niet wel denkbaar is dat dit zonder leiding en toezicht gepaard kan gaan.¹⁴ In weer andere uitspraken wordt het materiële gezagsbegrip vooropgesteld en wordt de invulling daarvan met behulp van het formele gezagsbegrip nader (en fictief) ingekleurd. In een uitspraak van eind 2004 oordeelde de CRvB bijvoorbeeld:¹⁵

‘Met betrekking tot de gezagsverhouding overweegt de Raad dat hiervan blijkens zijn jurisprudentie sprake is, indien door de werkgever aanwijzingen en instruc-

11 HR 10 december 2004, JAR 2005/15. Zie C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, ‘De acquisitrice en de predikant. De gezagsverhouding revisited’, *ArA* 2005/3, p. 87-99.

12 CRvB 17 november 2005, «USZ» 2006/17.

13 CRvB 3 november 2005, «USZ» 2005/415. Impliciet CRvB 22 september 2005, RSV 1006/45.

14 CRvB 29 september 2005, «USZ» 2005/412. Ook CRvB 7 oktober 2004, «USZ» 2004/370.

15 CRvB 4 november 2004, «USZ» 2005/16. Eveneens CRvB 7 oktober 2004, «USZ» 2004/371 en CRvB 17 november 2005, RSV 2006/18.

ties kunnen worden gegeven. Ter zitting van de Raad is namens appellante verklaard dat de vrachtwagen waarvan [betrokkene] gebruik heeft gemaakt door appellante gehuurd. Juist ook met het oog hierop is [betrokkene] naar het oordeel van de Raad zodanig ingebed in de organisatie van appellante, dat ervan kan worden uitgegaan dat appellante hem opdrachten en aanwijzingen kan geven.’

In een aantal gevallen wordt de eis van organisatorische inbedding in het geheel niet vermeld en wordt de gezagsverhouding volledig en uitsluitend beantwoord op basis van ‘werken onder toezicht en leiding’ van een ander (het materiële gezagsbegrip derhalve).¹⁶ Arbeid die vanuit een (zeer) specialistische kennis ten behoeve van een ander wordt verricht, leidt meestal tot afwezigheid van gezag omdat er geen (inhoudelijke) aanwijzingen kunnen worden gegeven.¹⁷ Ook hier strandt een (hoger) beroep op het oordeel dat er tijdens het werk geen bevoegdheid is inhoudelijke aanwijzingen en instructies te geven.

De rechtspraak van de CRvB inzake de gezagsverhouding lijkt ons inziens dan ook – zoals de conclusie ook al in 2001 luidde – ietwat zwalkend te noemen. Een duidelijke koers wordt niet gevaren. Het beroep op de doorslaggevende factor van de feiten en omstandigheden van het geval als rechtvaardiging voor deze onduidelijke koers, gaat ons inziens niet op. Er is immers wel een helder juridisch kader nodig om de feiten en omstandigheden van ieder geval op hun merites te kunnen wegen. De CRvB plaatst dat kader echter nu eens in de sleutel van het materiële dan weer in de sleutel van het formele gezagsbegrip. Dit is naar onze mening ongewenst en wel om tweeërlei redenen. In de eerste plaats omdat de toepassing van ongelijke maatstaven tot ongelijke uitkomsten in gelijksoortige zaken kunnen leiden. Daarmee worden de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid niet gediend. In de tweede plaats omdat met de wisselende juridische invulling van de gezagsverhouding niet gelijk wordt opgegaan met de door de Hoge Raad gevolgde koers inzake de woorden ‘in dienst van’ ex art. 7:610 BW, waardoor het werknemersbegrip in de WW, ZW en WAO/WIA een andere betekenis heeft dan hetzelfde begrip in het civiele arbeidsrecht. Vanwege de onderlinge verwevenheid van deze twee deelgebieden van het sociaal recht, lijkt ons deze ontwikkeling niet aan te bevelen. Voorkómen moet worden dat één en dezelfde arbeidsverhouding civielrechtelijk wel en in het kader van het socialeverzekeringsrecht geen arbeidsovereenkomst is en vice versa. Weliswaar zal de invoering van de Verklaring Arbeidsrelatie (VAR) met ingang van 1 januari 2005 meer gelijkenschakeling hebben gebracht,¹⁸ maar in alle gevallen waarin deze verklaring niet aan de

16 Een goed voorbeeld is CRvB 5 januari 2005, «USZ» 2005/106. Ook CRvB 17 maart 2005, «USZ» 2005/184 en CRvB 7 april 2005, «USZ» 2005/210.

17 Enkele voorbeelden CRvB 21 juli 2004, «USZ» 2004/319; CRvB 31 augustus 2004, «USZ» 2004/321; CRvB 30 september 2004, «USZ» 2004/340.

18 Maar niet per se. Nog altijd is niet uitgesloten dat iemand op grond van een VAR krachtens fiscaal recht en het socialeverzekeringsrecht als zelfstandige wordt aangemerkt en krachtens het civiele arbeidsrecht werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst.

belastingdienst is verzocht, blijft discrepantie tussen de twee begrippen (snel) mogelijk.

De Hoge Raad heeft inmiddels sedert Groen/Schoevers een helder kader aange-reikt. Gegeven het feit dat het socialeverzekeringsrecht met betrekking tot het begrip werknemer het civiele arbeidsrecht dient te volgen,¹⁹ bevelen wij aan dat de CRvB in de toekomst het stappenplan van de Hoge Raad gaat volgen. Dat betekent prioriteit aan het formele gezagsbegrip en een ondersteunende rol voor het materiële gezagsbegrip. Moet dit volgen ook betrekking hebben op het beoordelen wat partijen bij het sluiten van de overeenkomst hebben beoogd? De reden van de CRvB de bedoeling van partijen geen onderdeel te laten vormen van de vraag of een gezagsverhouding kan worden aangenomen, zal vermoedelijk gegrond zijn op het feit dat in het kader van een naheffing inzake premiebetaling, altijd (per definitie) zal worden betoogd dat partijen geenszins hebben bedoeld een privaatrechtelijke dienstbetrekking te sluiten. Dat zal zo zijn, maar op gelijke wijze zal het bedrijf dat een naheffing ontvangt, verdedigen dat de feiten en omstandigheden wijzen op de afwezigheid van een gezagsverhouding. Waarom zou de bedoeling van partijen niet mede indicatief moeten en kunnen zijn ter beantwoording van de vraag of een privaatrechtelijke dienstbetrekking dient te worden aangenomen? Ons ontgaat een ratio daarvoor. Het integraal volgen van de rechtspraak van de Hoge Raad ex art. 7:610 BW door de CRvB lijkt dan ook de meest aangewezen weg.

Het werknemersbegrip kan op het terrein van het socialeverzekeringsrecht ook in nog een ander opzicht afwijken van de betekenis die het in het civiele arbeidsrecht heeft. De oorzaak daarvan betreft de op 1 januari 1999 ingevoerde rechtsvermoedens, die van de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst ex art. 7:610a en die van de omvang van de arbeidsduur ex art. 7:610b BW. Nog vóór de inwerkingtreding (namelijk op 17 november 1998) van de Wet flexibiliteit en zekerheid vaardigde het Lisv de richtlijn ‘Toepassing wet Flexibiliteit en zekerheid bij beoordeling WW-aanspraken’ uit, bedoeld om de uvi’s te instrueren over de inbedding van de Flexwet in de uitvoeringspraktijk van de socialeverzekeringswetten. Op het punt van de rechtsvermoedens was de richtlijn helder: als een werknemer aanklopt voor een WW-uitkering, moet deze terstond naar zijn werkgever worden verwezen als voldaan was aan de voorwaarden van art. 7:610a en 7:610b BW. De werkgever zou dan de gelegenheid krijgen deze rechtsvermoedens te weerleggen. Slaagt hij daarin naar de mening van de betrokken uvi niet voldoende (en bestaat er derhalve een arbeidsovereenkomst) en kan de werkgever voorts niet toereikend weerleggen dat de aanvrager recht heeft op het gemiddelde aantal uur van de drie door de werker aangewezen maanden, dan heeft de aanvrager geen recht op WW en zal deze een loonvordering tegen zijn werkgever moeten instellen.

19 De werknemer ex art. 3 WW, ZW, WAO/WIA is immers de werknemer ex art. 7:610 BW.

Het evaluatierapport dat verscheen op basis van drie jaar Flex en zekerheid, toonde aan dat de uvi's in dit opzicht een strenge toets hebben aangelegd, conform de richtlijn.²⁰ Dat maakt de uitvoering van de WW overigens wel complexer, aldus de auteurs van het onderzoek. Dat de beoordelingstijd ten gevolge van deze complexiteit toeneemt, is onvermijdbaar.

Bij brief van 6 mei 2002 verzocht de minister van SZW de STAR advies over de resultaten van het evaluatierapport. De STAR stond mede – op verzoek – stil bij de rechtsvermoedens.²¹ Hij signaleert twee knelpunten, een uitvoeringstechnisch en een juridisch, beide toegespitst op art. 7:610b BW. Het uitvoeringstechnische probleem betreft de informatievoorziening tijdens het recht op uitkering, die een periode van vier kalenderweken omvat. Deze sluit niet aan bij de beoordelingsperiode van art. 7:610b BW (per maand). Het juridische probleem is dat het rechtsvermoeden 'omvang' per maand moet worden vastgesteld, terwijl de vaststelling van de arbeidsomvang (resp. het arbeidsurenverlies) voor de WW-uitkering op weekbasis geschiedt. De STAR was echter van mening dat het hier niet om substantiële knelpunten ging en zag dan ook onvoldoende aanleiding de in de Flexwet neergelegde rechtsvermoedens ter discussie te stellen. 'Indien en voorzover sprake is van knelpunten in de uitvoeringspraktijk van de WW in verband met de rechtsvermoedens dienen deze naar het oordeel van de Stichting langs de weg van de uitvoeringspraktijk en zo nodig door aanpassing van de WW te worden opgelost.'²²

De afronding van de evaluatie op het punt van de rechtsvermoedens is blijkens de brief van de minister van SZW van 29 april 2005, waarin wordt gereageerd op de bevindingen van de STAR, verrassend.²³ De minister constateert dat de toepassing van de rechtsvermoedens tot complexiteit en vertraging bij de beoordeling van WW-aanvragen hebben geleid. Omdat is gezocht naar mogelijkheden om de uitvoering te vereenvoudigen, en omdat deze kennelijk niet zijn gevonden, is besloten – zo meldt de brief – met ingang van 1 juli 2005 in het kader van de uitvoering van de WW niet langer te toetsen aan de weerlegbare rechtsvermoedens van art. 7:610a en 7:610b BW. Daaraan wordt toegevoegd dat dit onverlet laat, dat een werknemer zich in het kader van een loonvordering jegens zijn werkgever nog wel kan beroepen op deze rechtsvermoedens. 'In dat geval wordt bij de uitvoering van de WW hiermee rekening gehouden', aldus rondt de brief dit onderwerp af.²⁴

20 Bureau Berenschot in samenwerking met het onderzoeksinstituut IVA Tilburg en de KUB (UvT), Rapport Flexibiliteit en zekerheid; effecten en doeltreffendheid van de Wet flexibiliteit en zekerheid; februari 2002.

21 STAR, Nota inzake de evaluatie van de Wet flexibiliteit en zekerheid en de evaluatie van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs, Den Haag 1 april 2004, publicatienummer 5/04, p. 9 e.v.

22 STAR-nota, p. 11. De brief van 6 mei 2002 is als bijlage toegevoegd.

23 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 108, nr. 1.

24 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 108, nr. 1, p. 5. Zie voor het Verslag van het algemeen overleg van 20 oktober 2005, *Kamerstukken II* 2004/05, 30 108, nr. 4.

Wat betekent het voorafgaande voor het werknemersbegrip? Tot 1 juli 2005 was er wat betreft de toepassing van de rechtsvermoedens een terechte wisselwerking tussen de twee gebieden. Ten gevolge daarvan veroorzaakten de rechtsvermoedens (met name dat van art. 7:610a BW) geen discrepantie in de wijze waarop het werknemersbegrip in de beide deelgebieden van het sociaal recht werden gehanteerd. Het socialeverzekeringsrecht volgde, zoals de bedoeling, het civiele arbeidsrecht. De verwijzing van de uvi's c.q. de UWV naar de toepasselijkheid van de rechtsvermoedens was dus theoretisch gezien juist. De onderlinge verwevenheid tussen de beide rechtsgebieden werd op correcte wijze toegepast. Op zichzelf is uit praktisch oogpunt begrijpelijk dat de toegenomen complexiteit en de daarmee gepaard gaande vertraging ten aanzien van de afwikkeling van WW-aanvragen aanleiding zijn geweest de rechtsvermoedens voor het socialeverzekeringsrecht 'uit te schakelen', maar desondanks is ons inziens deze gemaakte keuze te betreuren. Er wordt daarmee namelijk een (juridische) relatie tussen de twee deelgebieden van het sociaal recht genegeerd die niet te negeren valt. Men suggereert een grotere onafhankelijkheid dan welke in werkelijkheid bestaat. Het gevolg kan zijn dat twee beslissingen worden genomen (én WW-uitkering²⁵ én toekenning loonvordering²⁶) die niet met elkaar interfereren. De kans daarop is juist daarom niet denkbeeldig, omdat de twee beslissingen in de praktijk qua tijdsverloop niet synchroon (behoeven te) lopen. Per saldo is juist, de koppeling in stand te houden, de daaruit voortvloeiende complexiteit en vertraging ten spijt.

13.3 De loondoorbetalingsverplichting bij werkloosheid

Het tweede door ons te bespreken 'scharnierbegrip' is de loondoorbetalingsverplichting. Heeft een werknemer/verzekerde recht op doorbetaling van loon, dan bestaat op grond van art. 16 WW geen recht op een werkloosheidsuitkering, omdat er geen sprake is van werkloosheid in de zin van de Werkloosheidswet.²⁷ De zogenoemde arbeidsrechtelijke sociale zekerheid heeft aldus voorrang ten opzichte van de publiekrechtelijke sociale zekerheid.²⁸

De vraag of een werkgever in voornoemde situaties gehouden is het loon door te betalen wordt beantwoord aan de hand van art. 7:627 BW en 7:628 lid 1 BW. Op grond van het eerste artikel geldt de hoofdregel dat een werknemer die niet werkt,

25 Toegespitst op art. 7:610a BW: geen werknemer maar wel WW-uitkering vanwege bijvoorbeeld art. 4 of 5 WW.

26 Omdat het rechtsvermoeden van art. 7:610a BW terecht is ingeroepen en omdat via art. 7:610b BW een gemiddeld aantal aan de werknemer had moeten zijn toegekend, hetgeen niet is gebeurd.

27 Volgens Fase (a.w., p. 17) is het moment waarop de werknemer arbeidsrechtelijk geen aanspraak op loon heeft 'het meest zuivere moment waarop de aanspraken uit de Werkloosheidswet in werking treden'.

28 Noordam wijdt in zijn handboek een afzonderlijk hoofdstuk (te weten hoofdstuk 5) aan deze zogenoemde arbeidsrechtelijke sociale zekerheid.

geen recht heeft op loon: ‘Geen loon is verschuldigd voor de tijd gedurende welke de werknemer de bedongen arbeid niet heeft verricht.’ Art. 7:628 lid 1 BW formuleert op voornoemde hoofdregel een uitzondering: ‘De werknemer behoudt het recht op het naar tijdruimte vastgestelde loon indien hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen.’²⁹ Een tweede belangrijke uitzondering op de hoofdregel vormt art. 7:629 BW. Op grond van deze bepaling is de werkgever verplicht het loon bij ongeschiktheid ten gevolge van ziekte gedurende twee jaar door te betalen. Heeft de werknemer recht op doorbetaling van (een gedeelte van) het loon bij ziekte op grond van laatstgenoemde bepaling, dan ontstaat geen recht op een uitkering krachtens (art. 29 van) de Ziektewet.³⁰

Het thans geldende art. 7:628 lid 1 BW, inhoudende dat de werkgever recht heeft op het naar tijdruimte vastgestelde loon indien hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen, is een codificatie van jurisprudentie over het sinds 1907 geldende art. 1638d (oud) BW.³¹ Ingevolge deze rechtspraak behield de werknemer ook dan recht op loon als het verrichten van de arbeid werd verhinderd door omstandigheden die voor de werkgever in beginsel overmacht zouden opleveren, maar die toch voor zijn rekening werden gebracht omdat zij meer in zijn risicosfeer dan in die van de werknemer vielen. Het werd volgens de wetgever niet wenselijk geacht om de in de jurisprudentie waar te nemen ontwikkeling af te snijden.³² Bij de toepassing van (het huidige) art. 7:628 lid 1 BW gaat het dus om een toerekening naar redelijkheid. Telkens zal de vraag moeten worden gesteld: komt de oorzaak van het niet kunnen werken redelijkerwijs voor rekening van de werkgever of voor rekening van de werknemer? Wat kan hierover worden gemeld vanuit het perspectief van de Werkloosheidswet? In de bouwnijverheid en de ‘groene sectoren’ doet zich met enige regelmaat het probleem voor dat werknemers niet kunnen werken vanwege de (slechte) weersomstandigheden, zoals vorst of langdurige regenval. De meeste werkgevers in deze sector vallen onder een private collectieve verzekering, het zogenoemde vorstverlet. Voor zover geen aanspraak op deze verzekering kan worden gemaakt is doorgaans in de toepasselijke cao’s de loondoorbetalingsverplichting uitgesloten of in tijd beperkt (hetgeen ex art. 7:628 lid 5 en 7 BW mogelijk is).³³ Maar wat heeft nu te gelden als er geen aanspraak bestaat op een ‘vorstverletuitkering’ en de loondoorbetalingsverplichting

29 Ingevolge art. 1638d BW behield de ‘arbeider’ recht op het naar tijdruimte overeengekomen loon ‘indien hij bereid was den bedongen arbeid te verrichten, doch de werkgever daarvan geen gebruik heeft gemaakt, hetzij door eigen schuld of zelfs ten gevolge van een hem persoonlijk betreffende verhindering’.

30 Een vergelijking ten aanzien van het begrip ‘ziekte’ laten wij thans achterwege.

31 *Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 25.

32 *Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 25.

33 Bij individuele arbeidsovereenkomst kan de loondoorbetalingsverplichting uitsluitend gedurende de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst worden beperkt of uitgesloten (art. 7:628 lid 5 BW).

ting niet contractueel is uitgesloten? Is ‘onwerkbaar weer’ dan een oorzaak die voor onbepaalde duur voor risico van de werkgever komt? De CRvB heeft deze vraag ontkennend beantwoord, maar de loondoorbetalingsverplichting in tijd beperkt:

‘(...) dat indien een verhindering tot werken als gevolg van weersomstandigheden buitengewoon lang duurt, de gevolgen daarvan het normale bedrijfsrisico dat een werkgever heeft te dragen zozeer te boven kunnen gaan, dat hier geen sprake meer is van een die werkgever persoonlijk betreffende, toevallige verhindering om van de bereidheid van de arbeider de bedongen arbeid te verrichten gebruik te maken; hoedanige verhindering voor wat betreft de verplichting tot betaling van loon aan zijn werknemers die door de weersomstandigheden verhinderd worden te werken, voor rekening en risico van die werkgever is.’³⁴

Of sprake is van een buitengewoon lange periode is volgens de CRvB afhankelijk van hetgeen in de bedrijfstak redelijkerwijs kan worden verwacht. Gelet op de hoogte van de in de bouw verschuldigde premie ten behoeve van een ‘eigen’ risicofonds (wat te herleiden is tot 22 volle vorstdagen), acht de CRvB een periode van 22 dagen redelijkerwijs te verwachten.³⁵ Het bedrijfsrisico is derhalve beperkt tot 22 dagen per seizoen, zodat na deze 22 dagen geen recht op loon bestaat (en derhalve aan de voorwaarde van verlies van recht op loon ex art. 16 WW is voldaan).³⁶

De vraag dient zich aan of deze rechtspraak van de CRvB in de pas loopt met de civiele rechtspraak. Wij merken voorshands op dat deze vraag niet eenvoudig is te beantwoorden, omdat er zeer beperkte civiele rechtspraak voorhanden is. De oorzaak van de geringe rechtspraak is gelegen in de hierna nog te bespreken regeling inzake tijdelijke werktijdverkorting waarbij in feite de loondoorbetalingsverplichting van de werkgever wordt overgenomen door de WW-fondsen. Bovendien zijn werknemers niet snel geneigd tijdens de looptijd van de arbeids-overeenkomst een procedure tegen hun werkgever te entameren. Wij zullen daarom (vooral) te rade moeten gaan bij de arbeidsrechtelijke doctrine.³⁷ In de literatuur (en de beperkte rechtspraak) worden enkele belangrijke gezichtspun-

34 CRvB 20 januari 1981, RSV 1981/126, bevestigd in CRvB 16 oktober 1983, RSV 1983/44. Hiervan moet worden onderscheiden de situatie dat de werknemer het werk niet kan bereiken tengevolge van de weersomstandigheden, een omstandigheid die volgens de CRvB niet aan de werkgever kon worden toegerekend (CRvB 15 december 1981, RSV 1982/147).

35 Vergelijk ook met betrekking tot het bouwrecht: M.A. van Wijngaarden, *Hoofdstukken bouwrecht deel 3*, Zwolle, 1996, p. 27: de opdrachtgever mocht volgens de Raad van Arbitrage uitgaan van een gemiddelde van 180 werkbare werkdagen per jaar.

36 CRvB 16 juni 1981, RSV 1981/234.

37 Zie uitvoerig J.M. van Slooten, *Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999, p. 203 e.v.; C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag: BJu 2006, p. 142 e.v.; T. van Peijpe, ‘Risicoverdeling volgens artikel 1638d BW en volgens 7.20.3.8 Ontwerp BW’, *SMA* 1974, p. 151 e.v.

ten genoemd. Het eerste gezichtspunt is de voorzienbaarheid van een gebeurtenis. Voor de toerekening van een oorzaak aan de werkgever of de werknemer is van belang of deze gebeurtenis voorzienbaar was. Nagegaan moet worden wat voor een ‘doorsneewerkgever’ – een ‘goed werkgever’ – in het algemeen voorzienbaar is. Voorzienbare gebeurtenissen kunnen de werkgever worden toegerekend. Het tweede gezichtspunt dat van belang kan worden geacht, vormen het profijt- en het beïnvloedingsbeginsel. Het profijtbeginsel deelt de verantwoordelijkheid toe aan de persoon die profijt trekt van een bepaalde handeling en het beïnvloedingsbeginsel aan de persoon die in staat is de verwezenlijking van het risico te beïnvloeden.³⁸ Breidt de debiteur zijn werkzaamheden uit met behulp van de inschakeling van door hem aan te wijzen hulpkrachten of hulpwerktuigen, dan dient hij tegenover de voordelen die hij daardoor geniet, ook de daaruit voortvloeiende risico’s te dragen.³⁹ In helder Nederlands: niet alleen de ‘lusten’, maar ook de ‘lasten’.⁴⁰ Hiermee samen hangt ook het beïnvloedingsbeginsel: degene die profijt trekt, kan doorgaans ook de risico’s beïnvloeden. Welnu, bepaalde risico’s – het zogenoemde economische en technische risico – kunnen ons inziens bij de toepassing van art. 7:628 BW op grond van het profijtbeginsel aan de werkgever worden toegerekend. Hij is het immers die uiteindelijk de vruchten plukt van een toegenomen afzet (wat natuurlijk niet wegneemt dat ook werknemers gebaat zijn bij een positieve afzetontwikkeling en in toenemende mate meedelen in de winst door middel van winstdelingsregelingen en werknemersparticipatie), zodat als keerzijde hiervan een negatieve afzetontwikkeling eveneens voor zijn rekening behoort te komen. Ook kunnen deze risico’s op grond van het beïnvloedingsbeginsel aan de werkgever worden toegerekend, omdat hij – en niet de werknemer – de verwezenlijking van de risico’s kan beïnvloeden aangezien *hij* het te voeren beleid – en de daarmee te nemen risico’s – vaststelt. Keren wij terug naar de problematiek van het onwerkbaar weer, dan kan worden ingestemd met het door de CRvB genomen uitgangspunt dat deze oorzaak volgens vaste rechtspraak (in beginsel) tot het normale bedrijfsrisico behoort.⁴¹ Ten aanzien van de beperking van de loondoorbetalingsverplichting in tijd daarentegen moet worden geconsta-

38 Deze beginselen liggen onder meer ten grondslag aan de artt. 6:76 en 6:77 BW van het algemene vermogensrecht.

39 Vergelijk HR 21 mei 1999, JAR 1999/118.

40 Vergelijk de ratio van art. 12 Rijksoctrooiwet op grond waarvan het recht op octrooi van rechtswege aan de werkgever toekomt. Men noemt dit wel het werkgeversbeginsel: bij arbeid in dienstbetrekking vallen de resultaten van de arbeid toe aan de werkgever. Tegenover het recht van de werknemer op vast loon, staat het risico van de werkgever dat de arbeid onvoldoende rendement heeft, maar ook de kans dat deze arbeid grote winst oplevert. Zie A.A. Quaadvlieg, ‘Brein, arbeid en beloning, de vergoeding van de werknemer-uitvinder tussen arbeidsrecht en octrooirecht’, *ArA* 2002/3, p. 19-40.

41 Zie voor ‘oude’ rechtspraak. W.A. Zondag, *Werktijdverkorting*, Deventer: Kluwer 2001, p. 125-133. En voorts: HR 21 december 2001, JAR 2002/19 (niet voorhanden zijn van nieuw project voor risico van werkgever); Hof Arnhem 24 juni 2003, JAR 2003/198 (bedrijfsbeëindiging voor risico van werkgever); Ktr. Heerenveen 18 april 1995, JAR 1996/15 (ontbreken van bouwmaterialen na staking voor risico van werkgever).

teerd dat de CRvB een voortrekkersrol vervult. De gedachte dat het bij toepassing van (de voorganger van) art. 7:628 lid 1 BW niet om een ‘zwart-wit-benadering’ zou moeten gaan, speelde reeds tijdens de totstandkoming van de Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907. Er was destijds echter geen politieke meerderheid die een dienovereenkomstig ingediend amendement ondersteunde.⁴² Nadien is de idee van een ‘gedeeld risico’ af en toe in de literatuur⁴³ en in enkele rechterlijke uitspraken⁴⁴ naar voren gebracht. Wij menen dat de CRvB in dit opzicht een – voor de civiele rechter – navolgenswaardige voortrekkersrol heeft vervuld. Een beperking van de loondoorbetalingsverplichting in tijd (zoals dat ook ten aanzien van de matiging ex art. 7:680a BW na een vernietigd ontslag gebeurt) of een partiële aanspraak op loon (zoals bij ziekte ex art. 7:629 BW) kan in bepaalde omstandigheden gerechtvaardigd zijn. Men denke aan gevallen waarvan geldt dat zij zowel in de risicosfeer van de werknemer als in de risicosfeer van de werkgever liggen of waarvan geldt dat een beperkte periode voorzienbaar was. Voorbeelden hiervan kunnen zijn: een extreem langdurige oorlog (waardoor grenzen gesloten blijven) of een onvoorzienbaar lange periode waarin wegens een veeziekte bedrijven gesloten blijven. Aldus zou de loondoorbetalingsverplichting ex art. 7:628 lid 1 beperkt kunnen blijven tot een ‘voorzienbare periode’ waarna de loondoorbetalingsverplichting wordt vervangen door een aanspraak op de WW-fondsen.

Wij constateerden hierboven dat er weinig civiele rechtspraak over de toepassing van art. 7:628 lid 1 BW bestaat vanwege het feit dat de werkgever gebruik kan maken van de regeling inzake werktijdverkorting. Deze regeling – bestaande uit het verbod van werktijdverkorting ex art. 8 BBA en de Beleidsregels Werktijdverkorting 2004 aan de hand waarvan wordt getoetst of de werkgever voor een ontheffing in aanmerking komt – bevindt zich op het kruispunt van het arbeidsrecht, het socialeverzekeringsrecht en de sociaal-economische politiek.⁴⁵ Vooral ten tijde van rampen als veeziekten (MKZ, vogelgriep, vogelpest, varkenspest), oorlogen (w.o. de Golfoorlogen), terroristische aanslagen (waaronder die van 11 september 2001) en overstromingen of hoogwater (zoals in 1995) hebben werkgevers die te maken kregen met leegloop op grote schaal gebruik gemaakt van het instrument ‘werktijdverkorting’. Hierdoor bestond er voor werknemers en vakbonden geen noodzaak meer om, ingeval de werkgever tot stopzetting van de loonbetaling overging, te procederen over de vraag of de oorzaak van de leegloop ex art.

42 A.E. Bles, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst*, deel 3, Den Haag 1908, p. 5 e.v.

43 Bijvoorbeeld E.W. de Groot, ‘De Golfoorlog, werktijdverkorting en artikel 1638d’, *NJB* 1991, p. 744.

44 Enkele voorbeelden uit de rechtspraak waarin een aanspraak op het halve loon werd toegekend: Scheidsgericht Scheveningse Monsterrol 21 november 1918, AR 1919, 3 (vrees voor mijnengevaar) en Ktg. ‘s-Gravenhage 29 november 1946, NJ 1947, 97 (Joodse werknemer die tijdens de Tweede Wereld was ondergedoken). Vergelijk voor een voorbeeld (in een ander verband): CRvB 16 juni 1988, TAR 1988, 164.

45 Zie hierover W.A. Zondag, *Werktijdverkorting*, Deventer: Kluwer 2001.

7:628 lid 1 BW aan de werkgever kon worden toegerekend. Kort gezegd krijgt de werkgever alleen een ontheffing van het verbod van werktijdverkorting – welke wordt toegekend door de Arbeidsinspectie – ingeval a) sprake is van een abnormaal verminderde bedrijvigheid, b) de oorzaken van de verminderde bedrijvigheid niet tot het normale bedrijfsrisico behoren en c) de duur van de verminderde bedrijvigheid in tijd is beperkt (van voorbijgaande aard is).⁴⁶ In het geval dat een ontheffing wordt verleend, hebben de betrokken werknemers daarmee zuiver geredeneerd nog geen aanspraak op WW. Voor het recht op WW moet de werknemer immers voldoen aan het *werkloosheidsvereiste* in de zin van art. 16 WW op grond waarvan er geen aanspraak op loon ex art. 7:628 BW mag bestaan. Dit is een ongewenste complicatie, aangezien een ontheffing van het verbod van werktijdverkorting juist wordt afgegeven met het oog op een door de werknemer te verkrijgen werkloosheidsuitkering waardoor de op de werkgever drukkende loonkosten worden verminderd. Strikte hantering van deze regel zou een streep halen door de hele ontheffingspraktijk. Om deze reden is ruim vijftig jaar geleden tussen de toenmalige Federatie van Bedrijfsverenigingen en de toenmalige minister van SZ een gentlemen's agreement gesloten met als inhoud dat het een goede zaak zou zijn als de bedrijfsverenigingen zich als regel zouden aansluiten bij de beoordeling van de instantie die een ontheffing van het verbod van werktijdverkorting heeft verleend. In van de gangbare praktijk afwijkende situaties zouden de bedrijfsverenigingen de formele ruimte voor het voeren van een eigen beleid daadwerkelijk benutten. Sommige bedrijfsverenigingen hebben destijds van deze vrijheid gebruik gemaakt, maar in 95 procent van de gevallen werd na verleende ontheffing ex art. 8 BBA een werkloosheidsuitkering verstrekt. Nadien hebben het Lisv en de UWV dit uitkeringsgedrag gecontinueerd. Hoewel hiermee de concurrentie tussen art. 7:628 BW en de WW met de woorden van Fase 'glad is opgelost'⁴⁷, is deze constructie niet bijzonder fraai. Daarom is er al van verschillende zijden voor gepleit de regeling 'gewoon' op te nemen in de Werkloosheidswet. Waarom wel een afzonderlijke regeling voor onwerkbaar weer, betalingsonmacht van de werkgever, scholing, experimenten in het kader van de re-integratie, maar niet voor werktijdverkorting?⁴⁸ Een wettelijke regeling verdient temeer de voorkeur vanwege het feit dat in de praktijk de suggestie wordt gewekt dat door toekenning van een WW-uitkering de werknemer ook in civielrechtelijk opzicht de aanspraak op loon heeft verloren. Dat is echter in de regel niet het geval! Een verleende ontheffing van het verbod van werktijdverkorting leidt er slechts toe dat de werknemer toegang krijgt tot de Werkloosheidswet (waarbij via het gentlemen's agreement in beginsel niet meer wordt getoetst aan de voorwaarde

46 Aanvullende voorwaarden laten wij thans buiten beschouwing. Zie verder C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag: BJu 2006, p. 152-155.

47 Fase, a.w., p. 11.

48 Zie ook de discussie in de Sociaal-Economische Raad. SER, *Advies inzake artikel 1638d BW en artikel 8 BBA (91/21)*, Den Haag, 1991 en SER, *Advies inzake intrekking van de artikelen 6 en 8 van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945*, Den Haag, 1969.

dat geen recht op loon bestaat, art. 16 WW).⁴⁹ De verleende ontheffing heeft in zoverre wél invloed op de loondoorbetalingsverplichting dat de werkgever, *als* hij het loon nog moet doorbetalen, de aan de werknemer toekomende werkloosheidsuitkering van het te betalen bedrag aan loon mag aftrekken op grond van art. 7:628 lid 3 BW. Afhankelijk van de hoogte van deze werkloosheidsuitkering en het laatstverdiende loon, resteert nog een percentage van het laatstverdiende loon ten aanzien waarvan de vraag ontstaat of dit voor risico van de werkgever of voor risico van de werknemer komt. Een antwoord hierop moet worden geformuleerd aan de hand van art. 7:628 lid 1 BW, althans voor zover niet bij cao⁵⁰ of bij individuele arbeidsovereenkomst (hetgeen slechts voor de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst mogelijk is) is afgeweken.

13.4 De dringende reden en de verwijtbaarheidstoets

Thans wijden wij nog enkele beschouwingen aan de verwijtbaarheidstoets die op grond van de Werkloosheidswet wordt aangelegd met het oog op de beantwoording van de vraag of een recht op een werkloosheidsuitkering geldend kan worden gemaakt.⁵¹ Op grond van art. 24 WW kan het recht op een uitkering niet geldend worden gemaakt als de werknemer verwijtbaar werkloos is geworden. Zoals bekend, heeft deze verwijtbaarheidstoets⁵² in de jaren negentig geleid tot de zogenoemde formele ontbindingspraktijk: een door werkgever en werknemer overeengekomen beëindigingsovereenkomst wordt gevolgd door een ontbindingsbeschikking waarvan de inhoud gelijklopend is aan die van de beëindigingsovereenkomst en waarbij de werkelijke reden voor het ontslag wordt verbloemd.⁵³ Een inhoudelijk gezien nodeloze exercitie die doorgaans louter en alleen wordt uitge-

49 Eenzelfde omstandigheid kan dus op grond van de Beleidsregels Werktijdverkorting als een abnormaal bedrijfsrisico worden aangemerkt, maar bij de beoordeling op grond van art. 7:628 BW als een normaal bedrijfsrisico. Kort samengevat geldt hiervoor als verklaring dat art. 7:628 BW betrekking heeft op de risicoverdeling tussen werkgever en werknemer (de verantwoordelijkheidsverdeling op micro-niveau), terwijl het bij een te verlenen ontheffing van het verbod van werktijdverkorting gaat om de vraag of uitkeringsgelden kunnen worden ingezet om ontslagwerkloosheid te voorkomen door perioden van tijdelijke werkloosheid in een onderneming te overbruggen (verantwoordelijkheidsverdeling op meso- en macro-niveau).

50 In veel cao's is van deze afwijkingsmogelijkheid gebruikt gemaakt voor de situatie dat een ontheffing van het verbod van werktijdverkorting ex art. 8 lid 3 BBA is verleend. De meeste cao's waarin een bijzondere regeling voor werktijdverkorting is opgenomen, sluiten de loondoorbetalingsverplichting – wanneer de werkgever een ontheffing van het verbod van werktijdverkorting heeft verkregen – doorgaans geheel uit, óók ingeval de loondoorbetalingsverplichting reeds op grond van een 'algemene' regeling in duur was beperkt.

51 Zie ook de bijdrage van I.P. Asscher-Vonk en W.H.A.C.M. Bouwens in deze bundel die de verwijtbaarheidstoetsing in een context van paradigmawisseling plaatsen..

52 Tot de invoering van de Wet Boeten in 1996 ging het om een andere grondslag, te weten de benadelingshandeling.

53 Zie hierover o.a. R.L. van Heusden, *Beëindigingsovereenkomsten en het recht op WW-uitkering*, Deventer: Kluwer 2006 en G.C. Boot, 'Het einde van de grote leugen', *NJB* 2006, p. 1103-1107.

voerd om onzekerheid over de vraag of sprake is van verwijtbaar ontslag weg te nemen. In zijn eerder aangehaalde oratie uit 1993 heeft Fase de wetgever daarom (reeds) opgeroepen tot een betere afstemming van het ontslagrecht op het sociaalverzekeringsrecht:

‘Mijn conclusie op dit gebied is dan ook dat het (gewenste) ontslagbeleid zowel vanuit het arbeids- als sociaalverzekeringsrecht moet worden beoordeeld; expliciet de vraag moet worden gesteld of een der rechtsgebieden of beide een sluitend systeem kunnen genereren en zo neen of een arbitrage-element ter wille van flexibiliteit van beide gebieden niet aangewezen is. Arbeids- en sociaalverzekeringsrecht behoren in onderling verband te worden gezien en elks beperkte mogelijkheden moeten worden onderkend.’⁵⁴

Hoewel in de praktijk en in de literatuur steen en been werd geklaagd over de (on)zin van de formele ontbindingspraktijk, heeft het toch nog jaren geduurd voordat de wetgever bereid was tot een ‘sluitend systeem’ te komen. Het was de SER die in het in 2005 uitgebrachte advies *Ontslagpraktijk en werkloosheid* een duidelijke stap voorwaarts zette. De SER concludeerde dat terugdringing van de formele ontbindingspraktijk alleen mogelijk zou zijn wanneer een duidelijk criterium zou worden aangelegd waarmee de onzekerheid voor werknemers die willen meewerken aan een beëindigingsregeling zou worden weggenomen:

‘Wil het oogmerk van het kabinet tot terugdringing van de pro-formaproblematiek slagen, dan is een betere afbakening nodig van eventuele verwijtbaarheid van beëindiging van de arbeidsovereenkomst aan de werknemer.’⁵⁵

De SER stelde daarom voor om de toets op verwijtbaarheid te beperken tot die gevallen waarin de werknemer op staande voet is ontslagen wegens een ‘dringende reden’ (art. 7:677 BW), respectievelijk de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever door de rechter is ontbonden op grond van een ‘dringende reden’. In alle andere gevallen zou de toets moeten vervallen. Aanvankelijk wilde de regeling het SER-advies op dit punt niet volgen, maar na een bij de Tweede Kamer ingediend amendement⁵⁶ keerde het tij. Het wetsontwerp 30 370 werd aldus gewijzigd dat de verwijtbaarheidstoets wat betreft ontslag dat niet op initiatief van de werknemer is tot stand gekomen, wordt ingevuld door het begrip ‘dringende reden’. Daarbij stond de regering een *arbeidsrechtelijke* beoordeling van de dringende reden voor ogen, hetgeen ook blijkt uit de tekst van het nieuwe art. 24 lid 2 WW: ‘De werknemer is verwijtbaar werkloos geworden indien: a) aan de werkloosheid een dringende reden ten grondslag ligt in de zin van art. 678 van

⁵⁴ Fase, a.w., p. 11.

⁵⁵ SER, *Advies Ontslagpraktijk en werkloosheid*, 2005, p. 63.

⁵⁶ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 370, nr. 12.

Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en de werknemer terzake een verwijt kan worden gemaakt (...).’ Een en ander wordt nog eens bevestigd in de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer:

‘De leden van de fractie van GroenLinks vragen of voor het aannemen door de UWV van een dringende reden als bedoeld in art. 7:678 BW nodig is dat de gewraakte gedraging zowel in objectieve als in subjectieve zin ten aanzien van de werkgever een dringende reden vormde?

De gedraging van de werknemer dient voor de desbetreffende werkgever een dringende reden op te leveren in de zin van artikel 7:678 BW.’⁵⁷

Het is evenwel de vraag of thans werkelijk een ‘sluitend systeem’ is gerealiseerd. In de eerste plaats is een duidelijk onderscheid met het arbeidsrechtelijke begrip ‘dringende reden’ gemaakt door het stellen van de eis dat de werknemer ‘een verwijt’ kan worden gemaakt. Voor een dringende reden in de zin van art. 7:678 BW behoeft een werknemer geen verwijt te worden gemaakt. Het hangt, aldus de Hoge Raad, af ‘van de aard van de dringende, voor het ontslag op staande voet aangevoerde reden, en, zo die aard niet reeds meebrengt dat de eis van verwijtbaarheid moet worden gesteld, van de afweging van de concrete omstandigheden van het geval, of de het verweer van de werknemer dat die reden niet toereikend is voor een ontslag op staande voet omdat die gedraging hem niet valt te verwijten, doel kan treffen’.⁵⁸

De regering stelt bovendien – los van het verwijtbaarheidsaspect – dat in het geval dat een werkgever geen gebruik heeft gemaakt van ‘ontslag op staande voet’ maar ‘de zaak met de werknemer (zonder toekenning van een vergoeding) regelt’ de UWV desondanks tot de conclusie kan komen dat wel sprake is van een dringende reden:

‘In de eerste plaats levert een ontslag op staande voet of een onmiddellijke schorsing van de werknemer een vermoeden op van een dringende reden. In dergelijk gevallen zal het UWV in beginsel altijd overgaan tot een beoordeling van de aard van de werkloosheid. Een pro forma procedure zegt als zodanig niets over de reden die aan het ontslag ten grondslag ligt. Zo’n procedure zal echter in het kader van de WW niet langer nodig zijn. Als het UWV in een concrete situatie over aanwijzingen beschikt dat zo’n procedure wordt gebruikt om de werkelijke reden voor het ontslag te verheerlijken, kan dat een aanleiding zijn voor nader onderzoek naar de aard van de werkloosheid. In voorkomende gevallen kan het feit dat de kantonrechter aan de werknemer geen vergoeding toekent, een aanwijzing zijn voor verwijtbare werkloosheid.’⁵⁹

57 *Kamerstukken I* 2005/06, 29 738 en 30 370, C 21.

58 HR 3 maart 1989, NJ 1989, 549 en HR 29 september 2000, JAR 2000/223.

59 *Kamerstukken I* 2005/06, 29 738 en 30 370, C 21.

Het voorgaande leidt ons tot de conclusie dat de dringende reden in de zin van art. 24 lid 2 WW (per 1 oktober 2006) – afgezien van de aanvullende eis van ‘verwijtbaarheid’ – niet precies dezelfde inhoud heeft als in het arbeidsrecht. In het vereiste van de dringende reden ligt immers besloten dat de opzegging onverwijld – ofwel zonder dralen – moet plaatsvinden.⁶⁰ Hoewel de Hoge Raad enkele uitzonderingen heeft aanvaard in verband met een door de werkgever in te stellen onderzoek of met het oog op het bieden van een praktische oplossing aan de werkgever,⁶¹ impliceert niet-voortvarendheid van de werkgever het ontbreken van een dringende reden. Als onze zienswijze juist is, rijst de vraag of de verschillende beoordeling van de dringende reden in het socialeverzekeringsrecht en het arbeidsrecht kan worden gerechtvaardigd. Voornoemde vraag willen wij in bevestigende zin beantwoorden. Het zou niet juist zijn dat gebrek aan voortvarendheid bij de werkgever bij het geven van ontslag op staande voet leidt tot toekenning van een werkloosheidsuitkering. De regering heeft de grens – ons inziens terecht – gelegd bij de dringende reden in objectieve zin. Dergelijk ernstig wangedrag mag niet worden ‘beloond’ met een werkloosheidsuitkering. Het antwoord van de regering aan de Eerste Kamer impliceert dat ook sprake zou moeten zijn van dringende reden in subjectieve zin (waarvan het onverwijldheidsvereiste een uitvloeisel is), is daarom niet juist. Dat leidt in de praktijk alleen maar tot ongewenste onzekerheden.

13.5 Besluit

In de inleiding formuleerden wij de these dat een evenwichtige ontwikkeling van het socialeverzekeringsrecht gebaat is bij het gebruik van binnen dit vakgebied gebezigde begrippen die een gelijkkluidende betekenis hebben als de betekenis van deze begrippen in het civiele arbeidsrecht, tenzij er van een bijzondere situatie in sociaalverzekeringsrechtelijk opzicht kan worden gesproken, welke een andere begripsinhoud vraagt. Kort samengevat leert het onderzoek naar een drietal begrippen in de drie fasen van de arbeidsovereenkomst ons het volgende. Er zijn (nog steeds) ongerechtvaardigde verschillen in het gebruik van bepaalde begrippen, waaronder het werknemersbegrip ex art. 7:610 BW en de rechtsvermoedens van art. 7:610a en art. 7:610b BW. Verrassend is daarentegen de mogelijke voorttrekkersrol van de CRvB ten aanzien van het vaststellen van de loon-

60 Dit vereiste geldt niet onverkort ten aanzien van de ontbindingprocedure ex art. 7:685 BW, al wordt ook in deze procedure wel enige mate van voortvarendheid van de werkgever verlangd. Zie Verhulp, in: E. Verhulp en W.A. Zondag, *Disfunctioneren en wangedrag van werknemers*, Deventer: Kluwer 2003, p. 77.

61 HR 15 februari 1980, NJ 1980, 328. Herhaald in HR 27 april 2001, JAR 2001/95. Zie hierover S.F. Sagel en E. Verhulp, ‘Onzekere tijden voor het ontslag op staande voet?’, in: R.A.A. Duk e.a., *Voor De Laet: de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2005, p. 109; C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag: BJu 2006, p. 331.

doorbetalingsverplichting door deze te beperken in tijd. Er zijn ook gerechtvaardigde verschillen tussen de inhoud van arbeidsrechtelijke begrippen en het gebruik ervan in het sociaalverzekeringsrecht geconstateerd. Dit is onder andere het geval ten aanzien van de loondoorbetalingsverplichting bij tijdelijke werktijdverkortening ex art. 8 BBA en de verwijtbaarheidstoets ‘nieuwe stijl’ met het begrip ‘dringende reden’ als criterium. Deze verschillen zijn vanwege de achtergrond van het socialeverzekeringsrecht gerechtvaardigd, maar dienen wel door de wetgever te worden geëxpliciteerd.

Verwijtbare werkloosheid in een nieuwe jas: het einde van het pro-formacircus?

*J. Riphagen*¹

14.1 Verwijtbaar werkloos in 2006

Dat de samenhang tussen het ontslagrecht en het werkloosheidsrecht ingewikkeld is, is al vaak gezegd. Noordam² merkt in dit verband op dat het bij de vormgeving van die samenhang in wezen gaat om de afweging tussen de (financiële) belangen van werkgever, werknemer en overheid. Over deze afweging gaat deze verhandeling. Ik begin met het begrip verwijtbaar werkloos anno 2006, dat wil zeggen het huidige begrip verwijtbare werkloosheid.

Het verwijtbaar werkloos worden, althans het voorkomen daarvan, was al vanaf het begin onderdeel van de Nederlands werkloosheidsverzekering, al heette dat voorheen niet- onvrijwillige werkloosheid (art. 21, eerste lid, WW, 1949). Al van oudsher bestaat dit begrip uit twee delen: het gedrag dat voorzienbaar tot ontslag kan leiden en de eis waar nodig en zinvol op te komen tegen een ontslagaanzegging.³ Eigenlijk is het tweede onderdeel problematischer dan het eerste. Bij het opkomen tegen ontslagaanzegging doet zich immers een conflict van rechten en plichten tussen twee rechtsgebieden voor: de werknemer heeft civielrechtelijk gezien het volste recht om zich niet tegen een ontslag te verzetten, voor de Werkloosheidswet (WW) is hij in beginsel tot actie verplicht. Dit spanningsveld – dat op zich een bron is van veel pro-formaverweren – wordt nog versterkt doordat ook bij de regel ‘u dient op te komen tegen een ontslagaanzegging’ vraagtekens te plaatsen zijn.

Zo is het allereerst niet fraai dat de zojuist bedoelde regel niet met zoveel woorden in art. 24, eerste lid, of art. 24, tweede lid van de WW valt te lezen – al moet worden toegegeven dat de tekst van dit artikelonderdeel spreekt van ‘eindigt of

1 Deze bijdrage is geschreven o.p. persoonlijke titel.

2 F.M. Noordam, bespreking van A.C. Damsteegt, De aansluiting van de Werkloosheidswet op het ontslagrecht, Den Haag: Boom 2003, *SMA* 2003, nr. 10, p. 495-496.

3 J. Riphagen, *Ontslag en het recht op WW-uitkering* (diss. Leiden), 1985, hoofdstuk 2a, par. 3.1.

is beëindigd' en de toelichting op dit punt wel duidelijkheid schept.⁴ Bovendien is de regel niet keihard: van oudsher is het ondernemen van juridische actie niet vereist als de kans van slagen van een dergelijke actie gering is.⁵ Of als de kans van slagen van een dergelijke actie dubieus is te achten of niet in overwegende mate als positief valt in te schatten. Maar wanneer is er sprake van een te geringe kans van slagen? Dat hangt van veel factoren af. Regels die veel houvast bieden, zijn niet voorhanden. Ook de poging om via het Besluit verweer tegen ontslag⁶ meer helderheid te scheppen, heeft niet mogen baten. De aldus ontstane onzekerheid heeft nog een extra dimensie gekregen doordat de sanctie op het niet-protesteren per 1 augustus 1996 de rigoureuze sanctie is van een blijvende gehele weigering (hetgeen ook al niet echt spoort met de vele nuances die omtrent het al dan niet voeren van een verweer mogelijk zijn). Daarmee is de bron van de pro-formaproblematiek geschetst.

Maar er is meer: men kan zich afvragen of de wetgever toen deze in 1996 de b-grond⁷ opnieuw formuleerde en tegelijkertijd de a- en de b-grond onder één noemer bracht (die van dezelfde zojuist bedoelde rigoureuze sanctie), zich voldoende heeft afgevraagd of de regel van de verplichting om te protesteren begripsmatig wel voldoende bij het begrip verwijtbaarheid past, c.q. of dit onder één noemer brengen in voldoende mate te rechtvaardigen is. Bij de a-grond gaat het er immers om dat iemand die bijvoorbeeld een greep uit de kas doet of regelmatig en stelselmatig te laat komt, een regel heeft overtreden die te kenschetsen valt als een arbeidsrechtelijke regel, dat wil zeggen dat hij zich ook verwijtbaar jegens de werkgever gedraagt.⁸ Ten aanzien van de b-grond ligt dat geheel anders. Het prijsgeven van een actie jegens de werkgever is in de eerste plaats civielrechtelijk gezien iets waartoe de werknemer volledig bevoegd is en is in de tweede plaats bezwaarlijk te kenschetsen als verwijtbaar jegens de werkgever. Integendeel, veel werkgevers hebben er een redelijke tot hoge vergoeding voor over om dit gedrag van de werknemer te bewerkstelligen of te vergemakkelijken. Bovendien gaat het mijns inziens in essentie bij verwijtbare werkloosheid om het (geheel) niet doen ontstaan van werkloosheid. Dit terwijl de ontslagpraktijk laat zien, dat protest tegen ontslagaanzegging misschien wel tot uitstel en tot onder-

4 Te weten dat is beoogd om onder dit artikelonderdeel ook de situatie te brengen dat ten onrechte actief of passief is meegewerkt aan de ontslagaanzegging; zie ook CRvB 3. oktober 2001, RSV 2002/2.

5 Zie noot 3 en CRvB 12 mei 1998, RSV 1998/246 en 247 (de rechtspraak op dit punt betreft zowel de benadelingshandeling als de verwijtbare werkloosheid; zie ook RSV 2002/2).

6 Besluit van het LISV 11, 1997, *Stcrt.* 1997, 227.

7 Onder de a-grond versta ik de in art. 24, tweede lid aanhef en onder a opgenomen grond; onder de b-grond versta ik de in art. 24, tweede lid aanhef en onder b genoemde grond.

8 A.C. Damsteegt, *De aansluiting van de Werkloosheidswet op het ontslagrecht*, Den Haag: Boom 2003, onderscheidt dan ook de arbeidsrechtelijke verwijtbaarheid en het voeren van verweer.

handeling over de hoogte van de ontslagvergoeding leidt, maar zelden tot afstel.⁹ Voor de werkgever is in de huidige ontbindingspraktijk in het overgrote deel van de gevallen de weg naar een (voorwaardelijk) ontbindingsverzoek als alternatief voorhanden. Kortom: het gaat mijns inziens om onvergelykbare grootheden.

14.2 De pro-formaproblematiek en het wetsontwerp: de wijziging van het WW-stelsel en het ontslagrecht

Er bestaat al jaren een uitgebreid pro-formacircuit. Daarmee wordt bedoeld het slechts puur pro forma verweer voeren tegen een verzoek van de werkgever om een ontslagvergunning bij het CWI dan wel een verzoek van de werkgever tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst bij de kantonrechter. Dusdoende kan de b-grond, voor zover deze het voeren van verweer betreft, van tafel worden gehaald. Bovendien kan, mits goed georganiseerd en mits de UWV niet oplet, ook de a-grond zo nodig uit beeld verdwijnen.¹⁰ Op de hier bedoelde pro-formaproblematiek ga ik niet uitgebreid in. Ik verwijs ter zake naar de dissertaties van Damssteegt¹¹ en Van Heusden¹² en diens artikel in *Sociaal Maandblad Arbeid*.¹³ Hoewel de pro-formaperikelen al jaren bestaan heeft het tot 2 december 2004 moeten duren voordat de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid met een voorstel¹⁴ kwam, dat een serieuze poging inhield deze problematiek aan te pakken.¹⁵ Dit voorstel behelst de beperking van de b-grond tot de situatie dat iemand zonder gegronde reden ontslag neemt of om ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoekt, en een wijziging van de a-grond in die zin dat deze slechts zal

9 Zo stelt Boot dat de werknemer in de praktijk amper mogelijkheden heeft om via protest het dienstverband (langdurig) voort te zetten. C.G. Boot, 'Het einde van de grote leugen', *NJB* 2006, p.1103 e.v.

10 Dat hangt samen met de lijdelijkheid van de kantonrechter.

11 Damsteegt, t.a.p.

12 R.L. van Heusden, *De beëindigingsovereenkomsten en het recht op WW-uitkering* (diss. Nijmegen), 2006.

13 R.L. van Heusden, 'Contra de pro forma: pro-formaproblemen en hun oplossingen', *SMA* 2002, p. 148 e.v., en R.L. van Heusden, 'Kabinetvoorstel WW: wie b zegt, moet ook a zeggen', *SMA* 2005, pag. 154 e.v. Tevens verwijs ik naar de publicatie van R. Knecht, 'Schuld en boete aan de poort van de WW', paper ten behoeve van het symposium 'Een twee eeuwen sociale zekerheid', Den Haag, juni 2001; een versie van deze lezing is ook te vinden in *SMA* 2001, pag. 546 e.v. Knecht heeft bij mijn weten als eerste cijfermatig de stelling onderbouwd dat de kosten van het (deels) laten vervallen van de toets op verwijtbaarheid in het niet vallen bij de besparingen door het (grotendeels) verdwijnen van pro-formaprocedures. Zie verder ook R.M. Beltzer, 'Het UWV: van poortwachter naar uitsmijter', *SMA* 2004, pag. 63 e.v.; R.M. Beltzer, 'Over een opmerkelijk WW-plan', *SMA* 2005, pag. 59 e.v.; en G.J. Heerma van Voss, 'Afscheid van het formeel verweer', *SR* 2005, nr. 3, pag. 85 e.v.

14 Brief van 2 december 2004 van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de voorzitter van de SER (bijlage 3 bij het hierna te noemen SER-advies).

15 Het per 1 januari 1999 ingevoerde art. 24 lid 3 WW – welk artikel onderdeel overigens krachtens wetsontwerp 30 370 zal gaan verdwijnen – poogde ook een eind te maken aan de pro forma problematiek maar dit was achteraf gezien een weinig geslaagde poging.

gelden in een situatie dat een werknemer ‘is ontslagen als voorzienbaar gevolg van verwijtbaar gedrag jegens de werkgever’.

Met name over deze laatste formulering was de SER kritisch.¹⁶ De SER verwachtte daarvan geen relevante vermindering van het pro-formacircuit. Met recht dunkt me, omdat de aspecten ‘verwijtbaarheid’ en ‘voorzienbaarheid’ te veel aanleiding geven tot uiteenlopende interpretatie. De SER stelde vervolgens voor om de a-grond te verenigen tot de situatie dat iemand met een beroep op een dringende reden als bedoeld in art. 7:677 lid 1 BW op staande voet wordt ontslagen of dat diens arbeidsovereenkomst in verband met een dringende reden door de kantonrechter wordt ontbonden. In alle andere gevallen dient volgens de SER de toets op verwijtbaarheid te vervallen.

In een brief aan de Kamer van 17 oktober 2005 heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aangegeven de SER op dit laatste punt niet te willen volgen. In de WW is niet de vorm van het ontslag beslissend, maar de reden. Dit terwijl in het SER-advies slechts de werknemer die via de route van het ontslag op staande voet op grond van art. 7:677 lid 1 jo. art. 7:678 BW wordt ontslagen op verwijtbaarheid wordt getoetst. Meent de werkgever dat er weliswaar een grond is om op staande voet te ontslaan, maar kiest hij een andere route voor beëindiging van het dienstverband dan vindt geen toetsing op verwijtbaarheid plaats, waar volgens de minister ‘dit vanuit de WW wel wenselijk zou zijn’.¹⁷ Wel ziet het kabinet in het SER-advies aanleiding tot een herformulering van de a-grond,¹⁸ in die zin dat de werknemer verwijtbaar werkloos is bij een zo ernstig wangedrag dat voortzetting van het dienstverband niet van de werkgever kan worden gevergd.

Geheel in de lijn van deze brief bepaalt het wetsontwerp 30 370 – in de aan de Tweede Kamer aangeboden versie (hierna: de eerste versie) – in het nieuwe art. 24 lid 2:

‘De werknemer is verwijtbaar werkloos geworden indien:

- a. hij zich zodanig heeft gedragen dat van de werkgever redelijkerwijs niet kan worden gevergd de dienstbetrekking te laten voortduren;
- b. de dienstbetrekking is beëindigd door of op verzoek van de werknemer zon-

16 SER-advies ‘Toekomstbestendigheid van de WW’, nr. 2005-5 (15 april 2005), met name hoofdstuk 6.

17 Zie de genoemde brief van 17 oktober 2005, letterlijk herhaald in de memorie van toelichting bij wetsontwerp 30 370, pag. 25-27.

18 Daarnaast wordt aangevoerd dat de door de SER gekozen formulering problematisch zou zijn wat betreft de toepassing op ambtenaren; de meeste ambtelijke rechtspositieregelingen kennen niet het ontslag op staande voet maar (meestal) wel de schorsing met onmiddellijke ingang. Zie ook de bijdrage van Lanting aan dit boek.

der dat aan die voortzetting zodanige bezwaren waren gebonden dat deze voortzetting redelijkerwijs niet van hem kon worden gevergd.’

In de aan de Eerste Kamer aangeboden versie van het wetsontwerp (hierna: de tweede versie) verschijnt een weliswaar niet essentiële, maar wel belangrijke wijziging van art. 24 tweede lid aanhef en onder a:

‘De werknemer is verwijtbaar werkloos geworden indien:

- a. aan de werkloosheid een dringende reden ten grondslag ligt in de zin van artikel 678 van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en de werknemer terzake een verwijt kan worden gemaakt’. (De hiervoor onder b geciteerde grond is ongewijzigd gebleven.)

Bij de aan de Eerste Kamer gepresenteerde tekst gaat het, zoals hierna nog zal blijken, niet om een inhoudelijke wijziging, maar om een verduidelijking; zulks conform de bedoeling van het kabinet om de verwijtbaarheidstoets te beperken tot met ontslag op staande voet te vergelijken gevallen, waarbij niet de vorm maar de reden voor het ontslag beslissend is. Ik zal de twee versies hierna, tenzij anders vermeld, dan ook gezamenlijk behandelen.

De opstellers van het ontwerp hebben ingezien, dat niet kan worden volstaan met het voorgaande; er zouden zonder nadere regelgeving sluiproutes overblijven waarlangs het verplicht moeten voeren van verweer tegen een ontslag toch weer aan de orde kan komen.

Ten eerste kan men denken aan de in art. 24, tweede lid, aanhef en onder b WW opgenomen grond voor het weigeren van uitkering. Ten tweede zou ook de benadelingshandeling weer een (grotere) rol kunnen gaan spelen dan thans het geval is. Het laten schieten van een -kansrijke – vordering kan onder omstandigheden de UWV benadelen. Dat het nemen van ontslag als bedoeld in art. 24, tweede lid, aanhef en onder b in beeld kan komen, is niet denkbeeldig als men bedenkt dat het zonder meer en zonder voorbehoud akkoord gaan met een ontslagaanzegging ook geduid kan worden als het – in feite – nemen van ontslag. In verband hiermee bepaalt art. 24 lid 6 (nieuw) dat het niet voeren van verweer door de werknemer tegen een ontslag, of het instemmen met een ontslag door op of verzoek van de werkgever, niet leidt tot overtreding van de verplichting bedoeld in het eerste lid, aanhef en onder a (dat is dus de verwijtbare werkloosheid, zoals nader bepaald in het tweede lid onder a en b), of een overtreding van het vijfde lid (daarin staat de huidige benadelingshandeling). Dan is er ook nog het door eigen toedoen niet behouden van passende arbeid. Dit betreft vooral het niet verlengen van een overeenkomst voor bepaalde tijd als gevolg van verwijtbaar gedrag van de werknemer. Er is weinig reden de verwijtbaarheid hier anders of ruimer op te vatten dan bij de zojuist bedoelde verwijtbaarheid, zulks uiteraard temeer nu de op te leggen maatregel ook die van de – in beginsel – blijvende gehele weigering is van art. 27, eerste lid, WW. Daarom regelt het nieuwe zevende lid van art. 24, dat het

tweede en het zesde lid van overeenkomstige toepassing zijn op het bepaalde in art. 24, eerste lid, aanhef en onder b ten derde, WW.¹⁹

Het voorgaande betekent – zowel in de eerste als in de tweede versie van het ontwerp – niet dat er geen rol meer is voor de benadelingshandeling. Volgens de toelichting blijft het mogelijk een maatregel in verband met het plegen van een benadelingshandeling op te leggen indien het protest zich niet zozeer had moeten richten tegen het einde van de dienstbetrekking als zodanig, maar tegen de voortijdigheid ervan, dat wil zeggen indien er sprake is van een niet of onjuist in acht genomen opzegtermijn.²⁰ Dit betekent dat in de meeste gevallen waarin sprake is van een onjuiste opzegtermijn en de betrokkene daartegen geen actie onderneemt, nog steeds een sanctie krachtens de WW kan volgen, zij het dat in dat geval bij het toepassen van de benadelingshandeling het ‘lichte’ sanctieregime van art. 27, lid 3 WW van toepassing is. Ook voor art. 24 eerste lid, aanhef en onder b ten derde, blijft een plaats weggelegd; immers, wie werkzaam is op een overeenkomst voor bepaalde tijd en zich zodanig ernstig misdraagt dat dit de werkgever aanleiding geeft om zijn dienstverband niet te verlengen, kan onder de werking van dit artikelonderdeel vallen.²¹ Gaat het om een lichter vergrijp, dan zou volgens het nieuwe zevende lid van art. 24 geen toets op verwijtbaarheid kunnen plaatsvinden. Het is de vraag of dit laatste wel helemaal rond loopt. In die zin dat in de huidige jurisprudentie bij het door eigen toedoen niet verlengen van een overeenkomst voor bepaalde tijd art. 24, eerste lid, aanhef en onder b ten derde, bij voorkeur wordt toegepast. Het door eigen verwijtbaar optreden aanleiding geven tot het niet verlengen van een overeenkomst voor bepaalde tijd kan echter – met wat goede wil – ook worden geduid als het nalaten passende arbeid te aanvaarden of te verkrijgen. Denkbaar is dat in de toekomst op die situatie ook het nalaten passende arbeid te aanvaarden wordt toegepast.²² Daarop, dat wil zeggen op art. 24, eerste lid, aanhef en onder b ten tweede van de WW, heeft de beperking van de verwijtbaarheidstoets, dat wil zeggen de ‘overeenkomstige toepassing’ genoemd in het nieuwe zevende lid van art. 24, geen betrekking.

19 Het niet-behouden van passende arbeid (art. 24, eerste lid aanhef en onder b ten derde van de WW) speelt een rol bij het niet-verlengen van een overeenkomst voor bepaalde tijd als gevolg van verwijtbaar gedrag van de werknemer. Binnen de *huidige* jurisprudentie van de CRvB past de grond meer in de genoemde situatie dan het nalaten passende arbeid te aanvaarden, zie o.a. CRvB 5 april 2000, RSV 2000/152; en CRvB 11 mei 2005, «USZ» 2005, 269.

20 Ook blijft de benadelingshandeling een rol spelen in het kader van de toepassing van art. 16, derde lid van de WW: het zonder gegronde reden genoeg nemen met een ontbinding zonder vergoeding of met een evident te lage vergoeding kan een benadelingshandeling opleveren.

21 Daarbij gaat het dus om gedrag dat gelijk te stellen is aan een reden voor ontslag op staande voet.

22 Het blijft vreemd dat de sanctie op het nalaten passende arbeid te behouden van art. 24, eerste lid aanhef en onder b ten derde, WW zoveel lichter kan uitvallen – zo verminderde verwijtbaarheid wordt aangenomen – dan de sanctie op het nalaten passende arbeid te aanvaarden, zie art. 27, eerste lid in vergelijking met art. 27, tweede lid, WW.

Ook het recht op onverminderde doorbetaling van loon in art. 16, eerste lid, van de WW kan in arbeidsrechtelijke kwesties een rol spelen. Bij een ontslag zonder vergunning krachtens het BBA bijvoorbeeld, kan men soms stellen dat de betrokkene recht heeft op doorbetaling van loon, mits hij uiteraard een beroep doet op de vernietigbaarheid ervan. Naar de letter heeft het wetsontwerp daar geen betrekking op; wel valt wellicht te verdedigen dat het ‘niet voeren van verweer’ in het nieuwe zesde lid van art. 24 WW ook slaat op het laten schieten van een loonvordering in de hier bedoelde situaties. Toch is de reikwijdte van het recht hebben op loon mijns inziens niet erg groot: van een recht op loon kan slechts sprake zijn indien is voldaan aan de vereisten van art. 7:628 BW. Vaak is geen sprake van een (reële) bereidheid om de arbeid te gaan verrichten; soms is ook de termijn voor het invoeren van de nietigheid verstreken. In sommige, arbeidsrechtelijke situaties kan toch (gedurende meestal korte tijd) onduidelijkheid gaan ontstaan. Men kan hierbij denken aan de situatie dat een werknemer, die wordt doorbetaald op grond van art. 7:629 BW, door de arbo-arts geschikt wordt verklaard, terwijl zijn werkgever hem op zich weer wil toelaten tot het werk, en de werknemer niet op het werk verschijnt (in afwachting van een second opinion). Of aan de situatie dat onzekerheid bestaat over de vraag of er al dan niet sprake is van een overeenkomst voor bepaalde tijd – steeds vooropgesteld dat de bereidheid om de overeengekomen arbeid te verrichten kan worden verondersteld. Het ware daarom beter ook op dit punt duidelijkheid te verschaffen.

14.3 Inhoud en reikwijdte van de verwijtbaarheidstoets

De kernvraag is natuurlijk of het voorstel tot een reële versoepeling van de ontslagpraktijk zal leiden. Om deze vraag te beantwoorden zal ik vier deelonderwerpen bespreken.

14.3.1 *Verwijtbaarheid: route of reden?*

Het verschil tussen het SER-advies en de daarin voorgestelde tekst en art. 24, lid 2 sub a zoals dit artikelonderdeel uiteindelijk in wetsvoorstel 30 370 is opgenomen, lijkt op het eerste gezicht niet groot. De SER adviseert de werknemer slechts dan op verwijtbaarheid te toetsen indien deze (daadwerkelijk) met een beroep op een dringende reden op staande voet is ontslagen, dan wel indien zijn arbeidsovereenkomst met een beroep op een dringende reden is ontbonden. Het kabinetsvoorstel – in de eerste versie – spreekt van het redelijkerwijs niet te vergen zijn van de werkgever om het dienstverband te laten voortduren, een tekst die kennelijk is ontleend aan een soortgelijke formulering die te vinden is in art. 7:678, lid 1 BW. Toch is er een essentieel verschil: de SER koppelt de verwijtbaarheid aan een bepaalde vorm van eindiging, namelijk een eindiging op staande voet. In de WW – ook in de geschiedenis van die wet – is het nimmer de vorm van het ontslag geweest die beslissend was, maar steeds de eigenlijke reden daar-

voor. Een motivering voor deze trendbreuk geeft de SER niet. Belangrijk is echter dat de werkgever, ware het SER-advies gevolgd, via de vorm van het ontslag zou kunnen bewerkstelligen dat een werknemer buiten de verwijtbaarheidstoets blijft of juist de kans loopt op een blijvende gehele weigering van uitkering. Dat lijkt mij weinig aanvaardbaar.

Bovendien roept de terminologie van het SER-advies – ‘is ontslagen’ – de vraag op of puur het gegeven ontslag (op staande voet) is bedoeld of dat het moet gaan om een geslaagd beroep op een dringende reden. Het wetsvoorstel laat de mogelijkheid open om al dan niet de uitslag af te wachten van een civiele procedure naar aanleiding van het gegeven ontslag op staande voet. Het gaat immers niet om het feitelijk gegeven ontslag op staande voet, maar daarom dat het een reden is die zodanig verwijtbaar is dat hij gelijk te stellen is met een reden die kan leiden tot ontslag op staande voet. Het gegeven dat het bij de beoordeling van de Hoge Raad van een ontslag op staande voet ook kan gaan om alle (persoonlijke) omstandigheden van het geval – zie hierna – maakt het mijns inziens overigens niet noodzakelijk om in *alle* gevallen de uitkomst van de civiele procedure tegen ontslag op staande voet af te wachten. In de eerste plaats niet omdat die procedure ook kan gaan over de vraag of het ontslag onverwijld is gegeven; in de tweede plaats is het denkbaar, dat de beoordeling van de dringendheid van de reden zozeer verbonden is met de omstandigheden van het geval, dat de civielrechtelijke en de bestuursrechtelijke beoordeling van het gegeven ontslag niet per sé honderd procent synchroon behoeven te lopen.

14.3.2 *Verwijtbaarheid: pro forma exit?*

De lezer van de memorie van toelichting²³ op het wetsontwerp wordt niet veel wijzer met betrekking tot de portee van de nieuwe verwijtbaarheid. Wel wordt duidelijk dat de regering beoogt dicht aan te sluiten bij de dringende reden die bedoeld is in art. 7:678 lid 1 BW,²⁴ zij het dat het ontslag ook langs een andere weg dan via ontslag op staande voet kan hebben plaatsgevonden. In de toelichting wordt gesproken over ‘verwijtbare ernstige misdragingen’. Ook wordt opgemerkt dat er in de regel geen verwijtbaarheid zal zijn bij opzegging na een verkregen vergunning van het CWI, ook indien het gaat om verwijtbaar handelen of nalaten, zolang deze maar niet is voorafgegaan door een ontslag op staande voet (dat is ingetrokken). Wel schept de nota naar aanleiding van het verslag²⁵ meer helderheid, omdat daarin wordt verwezen naar de civiele rechtspraak met betrekking tot de dringende reden en wordt aangegeven dat de UWV voor de interpretatie van het nieuwe art. 24, tweede lid onder a, te rade moet gaan bij die recht-

23 TK 2005-2006, 30 370, nr. 3.

24 De eis van onverwijldheid, geldt, lijkt me, niet voor de WW; nu de voorgestelde tekst in de tweede versie uitdrukkelijk verwijst naar art. 7:678, eerste lid BW, kan de vraag opkomen of het ook moet gaan om ‘daden, eigenschappen of gedragingen’.

25 30 370, nr. 8.

spraak.²⁶ Daarmee wordt duidelijk gemaakt dat het de bedoeling is dat de UWV en de bestuursrechter aansluiting zoeken bij de jurisprudentie van de Hoge Raad over art. 7:678 BW en daarbij niet te zeer een eigen weg moeten gaan bewandelen. Overigens komt deze bedoeling pas in het aan de Eerste Kamer aangeboden ontwerp in de wettekst zelf tot uiting.

De in de tweede versie van het ontwerp – duidelijker dan voorheen – aangebrachte koppeling aan art. 7:678 lid 1 BW brengt mee dat de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot de dringende reden in beeld verschijnt, zij het dat het wel moet gaan om een verwijtbare gedraging. Zo te zien, wordt bedoeld op verwijtbaarheid jegens de werkgever.²⁷

Het voorgaande impliceert dat de civiele jurisprudentie met betrekking tot de dringende reden van (grote) invloed kan gaan worden op de interpretatie van het nieuwe art. 24 lid 2 sub a WW. Dat betekent dat het moet gaan om een hantering van een uiterste middel en om situaties waarin het hanteren van dat – zeer vergaande – middel gerechtvaardigd is (en van de werkgever niet valt te vergen om een andere, voor de werknemer minder belastende weg te volgen). Maar dat betekent ook dat alle twijfels die de civiele jurisprudentie oproept omtrent de vraag of met succes een beroep kan worden gedaan op een dringende reden, hier ook gelding kunnen hebben.²⁸ Boot vermeldt in zijn beschouwing over de dringende reden dat gelet op de ontwikkelingen in de jurisprudentie het geven van een ontslag op staande voet voor de werkgever een riskante aangelegenheid is geworden.²⁹ De twijfel in juridische zin die een werkgever kan overvallen indien hij overweegt over te gaan tot ontslag op staande voet, is onder meer gelegen in het gegeven dat in de jurisprudentie van de Hoge Raad alle omstandigheden van het geval kunnen meewegen bij het antwoord op de vraag of met recht een beroep is gedaan op een dringende reden.³⁰ Het moet immers gaan om het niet redelijkerwijs te vergen zijn van de werkgever om de dienstbetrekking langer voort te zetten. Dit brengt mee dat bijvoorbeeld ook van belang kan zijn een lang en goed functioneren, een hoge leeftijd c.q. een slechte arbeidsmarktpositie, of het gegeven dat de werkgever zelf ook in relevante mate aan een gespannen situatie heeft bijgedragen. Dat kan betekenen – om een voorbeeld te geven – dat het ontslag op staande voet van een werknemer die de bankpas van zijn bedrijf aan zijn

26 De Hoge Raad heeft geoordeeld dat ‘schuld’ voor het aannemen van een dringende reden, althans in beginsel, niet is vereist, zie o.a. HR 29 september 2000, *JAR* 2000, 223.

27 Zie o.a. CRvB 8 oktober 2003, «USZ» 2003/348, besproken door N. Driessen in *SR* 2004, pag. 114 e.v.

28 Zie over de dringende reden nader o.a. S.V. Kuip, *Ontslagrecht met bijzonder aandacht voor de dwingende reden* (diss. Amsterdam), 1993; R.M. Beltzer, ‘Rechtspraak ontslag op staande voet’, *Actualiteiten Sociaal recht*, nr. 18, 2004; S.C. Boot, ‘Ontslag op staande voet, een recht met veel valkuilen’, *Sociaal recht* 2005, pag. 167 e.v.

29 Boot (2006), t.a.p.

30 Zie o.a. HR 12 februari 1999, *JAR* 1999, 102 (de man met de hamer), door mij besproken in *ArA* 1999, pag. 941 e.v. Zie ook HR 21 januari 2000, *JAR* 2000, 45.

vrouw uitleent voor privé-doeleinden geen stand kon houden, terwijl het ontslag op staande voet van de cateringmedewerker die slechts één stukje etenswaren – dat bij een party was overgebleven – opeet wel door de beugel kon, zulks omdat een en ander zeer uitdrukkelijk in het bedrijf waar hij werkte was verboden.³¹

Met dit laatste komt de twijfel aan de pro-formabestendigheid van het voorstel boven. Ook de puur civiele dringende reden biedt ruimte voor interpretatie. De toelichting belooft of garandeert geen volledig einde van de pro-formaproblematiek, maar spreekt her en der slechts over het zo veel mogelijk terugdringen ervan. Toch past hier aarzeling: een werkgever immers, die in onzekerheid verkeert over de kans van slagen van het beroep op een dringende reden of die opziet tegen een langdurige en kostbare procedure, zal er vaak de voorkeur aan geven om met de werknemer tot ‘overeenstemming’ te komen. Ook de werknemer heeft daarbij, vooropgesteld dat de eigenlijke reden onder tafel kan verdwijnen, alleszins belang, al was het alleen al met het oog op zijn sollicitatiekansen. Maar daarbij gaat het toch wel om een veel geringer aantal gevallen dan heden ten dage met de pro-formapraktijk zijn gemoeid.³² Bovendien zijn er natuurlijk ook werkgevers die niet bereid zijn om tot een dergelijke ‘overeenstemming’ met de werknemer te komen.

Per saldo zal een verder terugdringen van de pro-formaverweren het resultaat zijn van het hier besproken wetsontwerp.³³ Maar of de situatie van het tot bijna nihil terugdringen zal worden bereikt, is nog de vraag. In de tweede versie van het ontwerp is de verwijzing naar art. 7:678 BW opgenomen. Dit is te beschouwen als een verbetering. Gelet op de bandbreedte die ook in de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot de interpretatie van de dringende reden aanwezig is, zal er nog wel een zekere tijd na invoering van het ontwerp enige onzekerheid blijven. Naarmate de UWV en de bestuursrechter dichter bij het uiterstemiddelkarakter van de dringende reden blijven, zal de beoogde beperking van het pro-formacircuit meer tot haar recht komen.

14.3.3 Beperking van de a-grond, gezien vanuit de WW

De nieuwe jas van de verwijtbaarheid is aanzienlijk krappere dan de oude. Dat houdt niet alleen een versoepeling in met het oog op de pro-formapraktijk, maar bespaart vergeleken bij de huidige situatie de UWV ook lastige afwegingen. De

31 Deze voorbeelden zijn ontleend aan Boot (2006), t.a.p.

32 Ook Boot (2006), t.a.p., meent dat in de meeste gevallen van ontslag in verband met een bepaald gedrag wel duidelijk zal zijn dat er geen dringende reden is; ook hij acht het aannemelijk dat het pro-formagebeuren sterk zal worden beperkt door het wetsontwerp. Wel blijft een pro-formaverweer misschien bestaan in verband met de fictieve opzegtermijn.

33 Boot (2006), t.a.p., concludeert dat werkgever en werknemer in vrijwel alle gevallen (behoudens bij apert wangedrag) als gevolg van wetsontwerp 30 370 hun overeenkomst kunnen doen eindigen door wederzijds goedvinden.

verwijtbaarheidstoets is immers beperkt tot de werkelijk (zeer) ernstige gevallen. De situatie van de werknemer die ‘iets stoms’ doet in de proeftijd (in die periode moet hij immers volgens de UWV elk risico vermijden) en de situatie van de werknemer die, hoewel hij weet dat hij en zijn collega’s op de nominatie staan voor reorganisatieontslag, een bepaalde bedrijfsregel overtreedt – hetgeen tot dan toe door de vingers wordt gezien – vallen, naar de bedoeling lijkt van de wetgever, buiten de verwijtbaarheidstoets.³⁴ Hetzelfde geldt voor de werknemer die minder goed functioneert waardoor conflicten ontstaan, zolang hij die conflicten maar niet uit de hand laat lopen. Zo ook bijvoorbeeld de werknemer die een aanbod krijgt tot verlenging van zijn overeenkomst voor bepaalde tijd en over de voorwaarden van die verlenging wil onderhandelen maar daarbij iets te hard van stapel loopt, zodat de verlenging niet doorgaat.

Daar staat wel tegenover dat de notoire lijntrekker die in verband met zijn houding en gedrag bij voorrang wordt geselecteerd voor een reorganisatieontslag, evenzeer de nieuwe toets op verwijtbaarheid zal kunnen doorstaan als degene die jarenlang keihard heeft gewerkt.³⁵

Door de wetwijziging wordt de positie van de benadelingshandeling ten opzichte van de in art. 24, lid 2 WW genoemde gronden misschien wat duidelijker. Tot nu toe werd in de rechtspraak aangenomen dat de in art. 24, tweede lid, opgenomen gronden als ‘lex specialis’ voorgaan voor de meer algemene grond van het huidige art. 24, zesde lid WW.³⁶ In de nieuwe wettekst worden de gronden van art. 24, tweede lid, meer specifiek dan voorheen, zodat men zou kunnen menen dat de benadelingshandeling vaker als vangnet kan gaan fungeren, mits het maar niet gaat om het ontslag als zodanig. De vraag is of de plaatsbepaling van de benadelingshandeling ten opzichte van de in art. 24, tweede lid WW opgenomen gronden opnieuw moet worden overdacht.

Van belang is dat de (sanctie op een) benadelingshandeling, zij het in zeer uitzonderlijke omstandigheden, als alternatief kan blijven fungeren voor (de sanctie op) het verwijtbaar werkloos worden. Immers, wie ontslag neemt uit een dienstverband voor bepaalde tijd kan met de sanctie van de blijvende gehele weigering van de uitkering worden geconfronteerd. Wanneer het – onder andere – als vaststaand kan worden aangenomen, dat het dienstverband na ommekomst van de bepaalde tijd zal aflopen, dan kan die sanctie een onevenredig effect hebben in verband waarmee onder in de rechtspraak aangegeven omstandigheden de benadelingshandeling in beeld kan komen.

³⁴ Mits niet gelijk te stellen aan een dringende reden als bedoeld in art. 7:678 BW.

³⁵ Ervan uitgaande dat het lijntrekken geen dringende reden zal opleveren.

³⁶ De meer specifieke gronden van art. 24, lid 2, aanhef en onder a en b WW gaan, volgens de huidige jurisprudentie van de CRvB, voor op de meer in het algemeen geformuleerde grond van de benadelingshandeling, zie RSV 2001/5.

14.3.4 *Verwijtbaarheid exit: het bestaansrecht van de a-grond*

De hamvraag is of het niet beter zou zijn de a-grond geheel te schrappen. Enkele schrijvers zijn daar voorstander van, met name omdat dit de beste garantie is voor het (bijna) volledig laten verdwijnen van pro-formasituaties.

De memorie van toelichting spreekt over (het handhaven van) een vanuit de WW wenselijk te achten toetsing.³⁷ Wat daarmee precies wordt bedoeld, wordt uit de toelichting zelf niet duidelijk. Uit de eerste reactie van de Kamer blijkt dat deze geen grote problemen heeft met het laten voortbestaan van een deel van de a-grond. Vooropgesteld moet worden dat het hier gaat om een publiekrechtelijke regeling. Het is de wetgever (de overheid) die uiteindelijk de polisvoorwaarden vaststelt en de financiering via een verplichte premiebetaling via het omslagstelsel organiseert. Dat betekent dat het eigenbelang van werkgevers en werknemers niet in alle opzichten doorslaggevend mag zijn. Degenen die spreken over de ‘perverterende werking’ van de WW of die menen dat deze wet het arbeidsrecht ‘in een houdgreep’ houdt, overdrijven lichtelijk.³⁸ Hoewel de overheid de vrijheid van de burger zo veel mogelijk dient te respecteren is die vrijheid niet (of beter gezegd: nimmer) onbeperkt. Het gaat om een afweging.

Indien in de toekomst de uitvoeringspraktijk zich bij het toetsen aan verwijtbaarheid inderdaad gaat beperken tot die situaties waarbij het ontslag als uiterste middel is aan te merken zodat, conform de bedoeling van de wetgever, de toetsing op verwijtbaarheid beperkt blijft tot de echt ernstige gevallen waarin civielrechtelijk een ontslag op staande voet gerechtvaardigd is, dan is er grote winst geboekt ten opzichte van de huidige situatie.

Het volledig laten verdwijnen van de a-grond biedt uiteraard meer zekerheid. Globaal gesproken vallen in de literatuur ter zake van het al dan niet behouden van het voortbestaan van de verwijtbaarheidstoets drie argumenten te ontwaren. Ten eerste: het laten voortbestaan van de a-grond zou een ongelijke situatie creëren. (Waarom krijgt degene die geen verweer voert tegen een ontslag wel en degene die zijn ontslag zelf veroorzaakt geen WW-uitkering?)³⁹ Ten tweede: er wordt juist gepleit voor behoud van de a-grond (in enige vorm) omdat dat goed past bij het verzekeringskarakter van de WW.⁴⁰ Ten derde: het verstrekken van uitkeringen aan degene die zelf ‘opzettelijk’⁴¹ zijn ontslag veroorzaakt zou de solidariteit van de premiebetalers te zeer aantasten. Op elk van deze aspecten ga ik nader in.

37 TK 2005/06, 30 370, nr. 3, p. 25.

38 De overheid beperkt op strafrechtelijk en bestuursrechtelijk terrein wel vaker de vrijheid in de (civiele) privésfeer ten behoeve van meer algemene belangen.

39 O.a. Van Heusden, t.a.p.

40 Zie daarover Knecht en Beltzer, t.a.p.

41 Opzettelijk is strikt genomen niet het juiste woord. De grenzen van de (huidige) a-grond zijn ruimer.

De positie van degene die het zo bont maakt dat van de werkgever niet langer kan worden geveerd hem of haar nog een dag langer in dienst te houden, is geheel niet vergelijkbaar met degene die een kans op het voeren van juridische actie laat lopen. Van de eerste persoon kan worden gezegd dat wanneer hij zich niet zo had gedragen er wellicht geen ontslag en dus in het algemeen in het geheel geen werkloosheid zou zijn. Voor de laatstgenoemde persoon geldt dat niet in dezelfde mate. Bij de b-grond – oude stijl – gaat het bij het niet-protesteren om de kans van slagen van een te voeren procedure. Of deze kans zodanig is dat het ontslag geheel zou vervallen is een lastig te beantwoorden vraag – alleen al daarom is er een geschil. Met andere woorden, het zelf door zijn eigen gedrag aanleiding geven tot een ontslag is als het ware van een andere orde dan het al dan niet voeren van verweer tegen een ontslagaanzegging.

Bovendien leert de ontslagpraktijk dat, ook bij protest, er in het overgrote deel van de gevallen toch vaak, al dan niet via een andere route dan aanvankelijk beoogd, een eindiging van het dienstverband volgt. De meeste verzoeken om een ontslagvergunning aan het CWI respectievelijk de meeste verzoeken om ontbinding worden toegewezen.⁴² Met andere woorden: het voeren van juridische actie leidt in de praktijk wel tot uitstel, niet tot afstel.⁴³

Daar komt bij dat het bij de a-grond gaat om verwijtbaar gedrag jegens de werkgever; dat geldt voor de b-grond oude stijl zeker niet in dezelfde mate, omdat de werkgever meestal geen enkel nadeel heeft van het niet-protesteren. Wie zelf zijn ontslag door zijn gedrag veroorzaakt, gedraagt zich niet als goed werknemer en overtreedt derhalve ook de civielrechtelijke regel, terwijl de werknemer puur civielrechtelijk gezien geheel niet verplicht is om een nietigheid of vernietigbaarheid van een ontslag in te roepen, dan wel enige actie te ondernemen.⁴⁴ Dit lijkt mij een essentieel verschil. Kortom: het gaat hier naar mijn mening om twee verschillende categorieën die niet onder één noemer te brengen zijn, laat staan bij een en dezelfde sanctie categorie thuishoren.

Het volledig laten vervallen van de a-grond betekent in feite dat het ontstaan van werkloosheid door ‘eigen opzet’ meeverzekerd wordt. Past dat wel in het karakter van de WW als werkloosheidsverzekering, kan men zich afvragen. Knecht⁴⁵ heeft hiertegen geen overwegend bezwaar en verwijst daarbij naar de per 1 januari 1987 toegenomen equivalentie in de WW: het opbouw karakter van deze wet is

42 Damsteegt vermeldt bijvoorbeeld dat in 93% van de gevallen waarin toestemming ex art. 6 BBA wordt geweigerd toch in een of andere vorm een eindiging van het dienstverband plaatsvindt. A.C. Damsteegt, *De aansluiting van de Werkloosheidswet op het ontslagrecht*, Den Haag: Boom 2003, p. 321.

43 Gaat het puur om de vraag of zich één bepaald feit heeft voorgedaan – heeft werknemer a of werknemer b een greep uit de kas gedaan en de desbetreffende werknemer gaat vrijuit – dan kan een en ander natuurlijk anders liggen omdat dan protest van de desbetreffende werknemer wel vaak zal leiden tot behoud van het dienstverband.

44 Nu het civiele recht en het bestuursrecht te onderscheiden rechtsgebieden zijn, kan worden verdedigd dat er geen sprake is van dubbele bestraffing. Ik ga verder niet op deze kwestie in.

45 Knecht t.a.p., pag. 553.

versterkt door de koppeling van de duur van de uitkering aan de lengte van het arbeidsverleden. Ik heb daarbij mijn twijfels: daargelaten dat van een volledige equivalentie geen sprake is,⁴⁶ blijft de financiering via het zogenaamde omslagstelsel in stand. Men spaart niet specifiek voor de eigen uitkering maar men betaalt via de omslag ten behoeve van degene ten aanzien van wie zich het risico van werkloosheid reeds heeft gemanifesteerd. Bovendien kan men evengoed zeggen dat door het toegenomen opbouw karakter van de WW, het belang van het premiebetalen juist is onderstreept en daarmee ook het belang van het niet ‘onnodig’ betalen van premie.

Van groter belang lijkt me dat de WW en in het algemeen de sociale verzekering, gelijk ook Noordam⁴⁷ heeft gesteld, historisch gezien wel verwant zijn aan de particuliere verzekering maar zich daarvan in de loop der tijd hebben losgemaakt. Andere dan puur verzekeringstechnische overwegingen bepalen de hoogte van de premie en die van de uitkering. Daar doet (de redactie van) art. 42 WW⁴⁸ niet aan af. Dat betekent overigens niet dat de WW niet meer als ‘verzekering’ mag worden gekwalificeerd. Met andere woorden: het behoud van een – beperkte – a-grond kan passen bij het karakter van de WW als (sociale) verzekering, maar noodzakelijk is het behoud ervan daarvoor niet.⁴⁹

De kwestie van de solidariteit ligt lastiger. Het gaat daarbij om de stelling dat het volledig verdwijnen van de a-grond de solidariteit tussen premiebetalers en uitkeringsgerechtigden te zeer onder druk zet. Op het eerste gezicht lijkt het aanmerkelijk dat hier een probleem kan ontstaan indien bijvoorbeeld de medewerker van de supermarkt die winkeldiefstal pleegt evenzeer voor uitkering in aanmerking zou komen als degene die jarenlang zonder enig probleem heeft gewerkt. Toch past hier enige voorzichtigheid. We weten eigenlijk nog te weinig over de vraag hoe de bedoelde solidariteit precies werkt. Over de psychologie van de solidariteit bestaat naar mijn gevoel nog veel onzekerheid. Speelt de zojuist weergegeven vergelijking inderdaad een doorslaggevende rol? Of is dat veeleer de maandelijkse blik op de loonstrook en de confrontatie met het verschil tussen bruto- en nettobedragen? Kortom: op dit punt bestaat er nog veel onzekerheid.⁵⁰

46 Voor de zogeheten 4-uit-5-eis geldt overigens dat iemand die precies 4 jaar over 52 loondagen beschikt precies dezelfde rechten heeft als iemand die 5 jaar elke dag volledig heeft gewerkt.

47 F.M. Noordam, *Socialezekerheidsrecht*, zevende herziene druk, Deventer: Kluwer 2004, p. 32, wijst ook op verschillende andere geschilpunten tussen sociale en privaatrechtelijke verzekeringen.

48 Welk artikel de duur van de uitkering in relatie tot het arbeidsverleden regelt.

49 De Hoge Raad heeft ooit geoordeeld dat het verzekeren van eigen opzet van de verzekeringnemer in strijd moet worden geacht met de openbare orde en goede zeden (HR 30 mei 1975, NJ 1976, 572), maar dat sloeg specifiek op de particuliere verzekering.

50 In het verleden heb ik in mijn dissertatie *Ontslag en het recht op WW-uitkering*, Leiden 1985, p. 49 e.v., aangegeven dat er een ratio kan zijn voor de (destijds) niet-onvrijwillige werkloosheid. Dat behoeft echter niet te betekenen dat het schrappen van de desbetreffende bepaling een essentiële aantasting van de WW zou vormen.

Men kan de kwestie ook nog langs een andere weg benaderen. Zolang de wetgever meent dat het ontslag op staande voet een functie vervult in het arbeidsrecht, is er weinig reden om de dringende reden geen enkele rol te laten spelen in het werkloosheidsrecht. Met andere woorden: uit een oogpunt van samenhang zou er zo gezien wel iets pleiten voor het behoud van de a-grond in sterk beperkte vorm. Vereist is dan natuurlijk wel dat de interpretatie van een en ander tussen het arbeidsrecht en het werkloosheidsrecht niet te veel uiteen gaat lopen.

Alles bijeen genomen lijkt het me hier primair te gaan om een beleidsmatige afweging. Daarbij kan een rol spelen dat het *terugdringen* van een pro-formaproblematiek van belang is voor een grotere flexibiliteit op de arbeidsmarkt. Dat echter het verstrekken van WW-uitkering ook in situaties van ontslag op staande voet of daarmee gelijk te stellen gevallen een reële bevordering van dezelfde flexibiliteit teweegbrengt, waag ik te betwijfelen.

14.4 Tot slot

Hoe moeten wij aankijken tegen de nieuwe outfit van de verwijtbaarheid in de WW? Het pro-formacircus zal niet voor 100% verdwijnen, maar toch in elk geval voor een belangrijk deel wel minder worden. Maar hoe staat het met de door Noordam onderstreepte *noodzaak* van een evenwichtige afweging van belangen tussen overheid, werkgever en werknemer?

De werknemer hoeft nu niet meer bevreesd te zijn dat een enkele stommitieit of een enkele – niet zeer ernstige – misstap al direct tot een blijvende gehele weigering van de uitkering kan leiden. Dat geldt evenzeer voor de werknemer die qua persoonlijkheid niet zo goed ligt bij zijn leidinggevende of die niet geheel past in de bedrijfscultuur. Voor de echt zeer ernstige misdragingen blijft een sanctie krachtens de WW mogelijk. En ook zal de werknemer niet bevreesd hoeven te zijn dat hij zich steeds en onder alle omstandigheden tegen een ontslag moet verzetten, op straffe van het weigeren van de uitkering.

Daar staat tegenover dat de overheid met een grotere instroom in de WW te maken krijgt. Maar dezelfde overheid betaalde tot op heden ook al direct c.q. indirect mee aan de niet geringe kosten die samenhangen met de vele pro-formaprocedures en bovendien komt er nu meer tijd en energie vrij in de uitvoering om de uitstroom te bevorderen. Het is ook in feite meer zinvol om de werknemer te wijzen op zijn eigen verantwoordelijkheid voor het zo snel mogelijk beëindigen van de werkloosheid dan hem indirect te pressen tot het ondernemen van juridische actie die hij zelf soms niet of nauwelijks zinvol acht.

En de werkgever? Natuurlijk, hij wordt bevrijd van (de kosten van) veel procedures, al waren die pro forma. En bovendien zal veel gemakkelijker dan voorheen gekomen kunnen worden tot overleg met de werknemer over het beëindigen van

de arbeidsovereenkomst waar een voortzetting van die overeenkomst – soms ook door beide partijen – niet zinvol wordt geacht.⁵¹

Maar dit houdt ook een risico in, namelijk een te gemakkelijke uitstroom naar de WW. Het wetsontwerp komt er immers op neer dat in feite elke ontslagen werknemer – andere voorwaarden daargelaten – een WW-uitkering kan krijgen, tenzij hij zelf zonder gegronde reden ontslag heeft genomen of op grond van een dringende reden of een daarmee gelijk te stellen grond wordt ontslagen. Voor de werkgevers met minder aandacht voor een goed sociaal beleid zou dit de poort kunnen openzetten naar het veelvuldig wisselen van personeel. In dit kader valt het op dat de laatste jaren op het terrein van de arbeidsongeschiktheid veel werk is gemaakt van de naleving van de re-integratieverplichtingen door werknemer en werkgever. In de WW is op dit punt nog slechts sprake van een aarzelend begin.⁵²

Premiëdifferentiatie, hoe lastig ook, zou in beeld kunnen komen. Maar wellicht is het beter om – nog meer – in te zetten op de invoering van een re-integratie-toets in de WW, waarbij ook de verplichting tot om- en bijscholing en de bijdrage daaraan van de werkgever een rol kan spelen. Daarbij dient niet alleen de werknemer, maar ook de werkgever op zijn verantwoordelijkheid te worden aangesproken. Kortom, de discussie over de meest gewenste verantwoordelijkheidsverdeling tussen werkgever, werknemer en overheid is nog lang niet ten einde.

51 C.G. Boot, 'Het einde van de grote leugen', *NJB* 2006, p.1103 e.v.

52 Zie art. 72 en art. 72 a WW en het wetsontwerp 30 016 daarover; zie ook TK 2005/06, 30 370 nr. 8, pag. 35 e.v., onder het kopje 'Meer nadruk op preventie en reïntegratie'.

Ontslagvergoeding als stimulans voor de arbeidsmobiliteit: een Oostenrijkse les?

Evert Verhulp

15.1 Inleiding

In *NRC Handelsblad* van 16 februari 2006 staat een interview met Piet Dingemans. Hij is projectmanager bij grote verbouwingen op en in de fabriek van Fuji. Hij zegt: ‘Toen de investeringen werden teruggeschroefd, wist ik dat ik in de gevaarlijke hoek zat.’ Dingemans weet ten tijde van het interview al een half jaar dat hij weg moet, na 22 jaar te hebben gewerkt bij Fuji, ‘maar nu is hij pas echt gaan zoeken.’ Dingemans moest wel, want zijn werkgever heeft een mobiliteitscentrum ingeschakeld om ook voor hem ander werk te zoeken. De bemiddelaar van het centrum is hard voor hem bezig geweest, en met succes. Dingemans heeft al twee aanbiedingen dankzij de bemiddelaar op zak, beide voor commerciële banen waarin hij voor meerdere klanten moet gaan werken. Maar dat is juist goed, zegt Dingemans: de nieuwe ervaring is nuttig om ook in de toekomst werk te kunnen vinden, want: ‘Baanzekerheid heb je tegenwoordig niet meer.’ ‘Misschien was het ook tijd om wat anders te gaan doen’, vervolgt Dingemans. ‘Maar uit jezelf doe je dat niet snel. Je geeft toch je ontslagbescherming op.’

Werkt de ontslagbescherming dan zo mobiliteitsremmend? Dit jaar is uitgeroepen tot het Europese jaar van de mobiliteit van werknemers.¹ Ik moet bekennen dat me dat pas bekend werd toen het jaar al ver gevorderd was, en ik vrees dat het meer mensen zo is vergaan. Arbeidsmobiliteit leeft niet echt, terwijl het wel belangrijk is. Economen kunnen gemakkelijk uitleggen dat grotere mobiliteit een verbetering van de match tussen vraag en aanbod op de arbeidsmarkt met zich brengt. Daarbij is de dynamiek op de arbeidsmarkt van belang voor de verkorting van de duur van de werkloosheid en biedt zij meer groepen op de arbeidsmarkt een betere kans op arbeid. Het vertrek van Frits Noordam als hoogleraar sociaal zekerheidsrecht wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd – een verandering die sociologen aanduiden als een arbeidsmarkttransitie – is voldoende aanleiding om nader in te gaan op de vraag of de ontslagbescherming de

1 http://ec.europa.eu/employment_social/workersmobility_2006/index.cfm.

arbeidsmobiliteit in de weg staat, en of een andere inrichting van het ontslagrecht kan bijdragen aan grotere arbeidsmobiliteit.

15.2 Versoepeling van het ontslagrecht

De discussie over de herziening van het ontslagrecht laait de laatste tijd hoog op. ‘Versoepeling’ van het ontslagrecht hoeft niet een vermindering van de bescherming van de werknemer te betekenen maar kan ook leiden tot een verschuiving van verantwoordelijkheden van de werkgever. Zowel in plannen van het CDA² als de PvdA³ is eerder van een dergelijke verschuiving sprake, dan van een vermindering van ontslagbescherming. Uit de discussie in de Tweede Kamer valt af te leiden dat er verschillende ideeën leven, maar er zijn ook wel een paar gemeenschappelijke standpunten te destilleren. Zo leeft vrij breed de gedachte dat de huidige ontslagvergoedingen te hoog zijn en daarom gemaximeerd moeten worden en meer moeten worden gericht op het vergoeden van ‘echte’ schade.⁴ Een aantal politieke partijen betreft de rigiditeit van het ontslagrecht op de hoogte van de werkloosheid. Zij leggen een direct verband tussen een streng ontslagrecht en een hoge werkloosheid. De VVD meent dat versoepeling van het ontslagrecht nodig is omdat het zou leiden tot groei van de werkgelegenheid, want ‘easy firing’ betekent ook ‘easy hiring’.⁵ Zo uitgesproken als de VVD is verder geen der partijen. Maar consensus lijkt te bestaan over de gedachte dat dynamiek op de arbeidsmarkt goed is. De PvdA-woordvoester meldt dat de ontslagtoets versoepeld kan worden als de dynamiek op de arbeidsmarkt beter gewaarborgd wordt. Ten slotte valt op dat in de politieke discussie overeenstemming lijkt te bestaan over de noodzaak van scholing van werknemers als dat leidt tot een betere arbeidsmarktpositie, de zogenaamde *employability*. Volgens het CDA moeten zowel werkgevers als werknemer investeren in verbetering van de kansen, bijvoorbeeld via scholing en training.⁶ Kortom: de discussie over de herziening van het ontslagrecht kent in hoofdzaak drie thema’s: de hoogte van de ontslagvergoeding, de noodzaak tot arbeidsmarktdynamiek en de wens tot verbetering van *employability*. Deze drie thema’s worden samengekneet tot het standpunt dat ontslagbescherming verminderd kan worden, of, maar dat is in mijn visie vergelijkbaar,

2 *Zekerheid op maat*, CDA 2004.

3 H. Noten e.a., *De wet der wederkerigheid*, 2005, p. 50. Zie ook de toespraak van Wouter Bos voor de Netpar-conferentie ‘De hervorming van de verzorgingsstaat’, 23 april 2006.

4 In ieder geval bij de woordvoerders van CDA, VVD, GroenLinks, SP en D66, zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30 109, nr. 13, p. 8 (verslag van een discussie op 29 september 2005).

5 Zie in dit verband de opmerkingen van VVD-Tweede Kamerlid Weekers, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 109, nr. 13, p. 8.

6 Nog steeds volgens *Kamerstukken II* 2005/06, 30 109, nr. 13. Overigens worden deze standpunten herhaald in plannen die de verschillende partijen het licht hebben doen laten zien, zie hierover: E. Verhulp, ‘Met vijf kilometer per uur over The Third Way’, *SR* 2006/2.

de ontslagvergoeding kan worden verlaagd, waartegenover van de werkgever verdergaande inspanningen tot scholing en employability van de werknemer worden gevergd.

15.3 Flexicurity-strategie?

De achter dit standpunt liggende strategie wordt wel flexicurity genoemd. Zo althans de OECD: “*flexicurity*” – i.e. *an approach that facilitates hiring and firing decisions while also providing efficient re-employment services and income support to job losers*.⁷ De flexicurity-strategie is duidelijk: zonder aan zekerheid te verliezen, want de werknemer houdt werkzekerheid omdat hij gemakkelijker aan een baan komt of kan worden geholpen, kan aan flexibiliteit, want de werkgever kan eenvoudiger ontslaan, worden gewonnen.⁸ Of in de woorden van Dingemans: ‘De nieuwe ervaring is nuttig om in de toekomst nieuw werk te kunnen vinden want baan zekerheid heb je niet meer.’

Opmerkelijk is dat de standpunten met betrekking tot de noodzaak van scholing en de noodzaak tot vermindering van de ontslagbescherming om de werkloosheid te verminderen niet goed wetenschappelijk kunnen worden onderbouwd.⁹ Economen zijn niet goed in staat om aan te tonen dat een vermindering van ontslagbescherming leidt tot creatie van werkgelegenheid of vermindering van werkloosheid. Zeker in een land als Nederland, waar veel arbeid eerst in de vorm van een tijdelijke arbeidsovereenkomst wordt aangeboden is het zeer twijfelachtig of een versoepeling van het ontslagrecht het aannamebeleid of het creëren van werk zal aanmoedigen.¹⁰ Uit analyse blijkt dat werkgevers meer willen betalen voor het terugbrengen van de omloopsnelheid van hun personeel dan voor elementen die de aanname-, ontslag- en opzegkosten per werknemer verminderen.¹¹ Sterker nog, uit hetzelfde onderzoek blijkt dat werkgevers in Nederland de voorkeur geven aan reguliere arbeidsovereenkomsten (voor onbepaalde tijd) boven tijdelijke arbeidsovereenkomsten.

Daarmee is natuurlijk niet gezegd dat een vermindering van de ontslagbescherming niet gewenst zou worden of tot gunstiger effecten zou kunnen leiden. Het

7 Summary of the OECD employment Outlook 2006, p. 2.

8 Zie over flexicurity onder meer: Harm van Lieshout en Ton Wilthagen, *Twintig hypothesen over de ontwikkeling van ‘Flexicurity’ strategieën*, paper presented at the 11th Dutch Social Scientists Conference in Amsterdam, The Netherlands, April 2004.

9 Zie reeds: Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel, *Afscheid van het duale ontslagrecht*, Den Haag, november 2000, p. 45 e.v.

10 Zie ook *NRC Handelsblad* 28 april 2006: In de VS waar nauwelijks ontslagbescherming bestaat, ligt de werkloosheid hoger dan in Nederland.

11 Marloes Zijl, *Economic and social consequences of temporary employment* (diss. UvA), Tinbergen Institute, 2006, p. 145.

CPB is begin 2006¹² gevraagd onderzoek te doen naar de effecten van versoepeling van het ontslagrecht en de preventieprikkel. Het gaat daarbij alleen om de effecten van de voorgenomen maatregelen het last-in-first-outbeginsel te laten vervallen en een prikkel in te voeren oudere werknemers niet te ontslaan door een WW-premiedifferentiatie. In een notitie van 13 januari 2006¹³ geeft het CPB aan dat het macro-effect van de voorgenomen maatregelen op de werkgelegenheid gering zal zijn. Ook ander onderzoek geeft geen eenduidige uitkomst. Empirisch onderzoek is ambigu over het effect van ontslagbescherming op de werkgelegenheid en de werkloosheid. Het blijkt per saldo wel negatief uit te pakken voor bepaalde groepen, zoals vrouwen en jongeren. Het effect op de werkloosheidsduur is ondubbelzinnig positief. Dit betekent dat door ontslagbescherming de werkloosheidsrisico's meer zijn geconcentreerd bij een kleine groep langdurig werklozen.¹⁴ Uit het CPB-rapport *Reinventing the welfare state*¹⁵ komt het volgende citaat:

'Based on nine empirical studies, Deelen et al. (2006) find an average elasticity of the employment protection index on the unemployment rate of 0.18. It suggests that, for instance, a reduction in the Dutch EPL¹⁶ index presented by the OECD from 2.3 to 1.8 (which equals a 21% reduction), would reduce the unemployment rate by approximately 0.2%-points (evaluated at an unemployment rate of 5%). An EPL index of 1.8 corresponds to the index of e.g. Denmark.'

Als Nederland dus de ontslagbescherming met 21% zou verminderen, en het daarmee op gelijk niveau met dat van Denemarken brengt, leidt dat volgens de OECD-berekeningen tot een vermindering van de werkloosheid van 0,5%. Ik voeg eraan toe dat Denemarken gemiddeld een hogere werkloosheid kent dan Nederland, zodat het vanuit het perspectief van bestrijding van werkloosheid de vraag is of het Deense model wel zo nastrevenswaardig is. Uit onderzoek van alweer het CPB blijkt dat de geringe Deense ontslagbescherming zorgt voor snelle doorstroming op de arbeidsmarkt en een hoge mate van baanwisseling, waardoor de werkloosheidsduur relatief kort is. Dit is de kracht van het Deense flexicurity-model. Het model is echter geen wondermiddel ter reductie van het WW-volume.¹⁷ Vermindering van ontslagbescherming leidt dus eerder tot een andere verdeling van de werkloosheidslasten onder de verschillende groepen werkne-

12 Brief van het ministerie van SZW van 4 januari 2006, FEZ/ASV/2006/1282.

13 CPB Notitie: *Effecten versoepeling ontslagrecht en preventieprikkel*, te vinden op de website van het CPB: <http://www.cpb.nl/nl/pub/cpbrekenen/notitie/13jan2006/notitie.pdf>.

14 Bijna letterlijk: Ruud de Mooij, *Naar een robuuste verzorgingsstaat*, te vinden op: <http://people.few.eur.nl/demooij/artikel%20tpe.pdf>.

15 Ruud de Mooij, *Reinventing the welfare state*, CPB nr. 60, maart 2006, p. 115.

16 Employment Protection Level (nootnummer toegevoegd door auteur).

17 CEP 2005, p. 150.

mers. Anders gezegd: het verschil in arbeidsrechtelijke bescherming tussen *insiders* en *outsiders* is in Nederland groot.

De regering heeft dat ook ingezien en heeft als een van de bouwstenen van het toekomstige arbeidsmarktbeleid geformuleerd:

‘Verder is een dwingend reïntegratiebeleid gebaat bij voldoende arbeidsmarktdynamiek; een flexibele arbeidsmarkt biedt meer mogelijkheden om mensen zonder werk te reïntegreren. Van belang in dit kader is een soepel ontslagrecht: dit bevordert de uitstroom uit een werkloosheidssituatie en helpt daarmee het risico van langdurige werkloosheid terug te dringen (insider-outsider) problematiek. Ook wordt hiermee voorkomen dat werkgevers vanwege hoge kosten en ingewikkelde procedures arbeidskrachten langer vasthouden dan economisch wenselijk is (labour hoarding). Dit staat een optimale en zo productief mogelijke inzet van beroepsbevolking in de weg.’¹⁸

Concluderend: versoepeling van het ontslagrecht is geen wondermiddel in de strijd tegen werkloosheid en leidt niet tot meer werkgelegenheid, maar draagt wel bij aan een betere verdeling van lasten over de verschillende groepen op de arbeidsmarkt en aan een betere doorstroom op de arbeidsmarkt.¹⁹

15.4 Herziening van het ontslagrecht is nodig?

Er is naar mijn mening voldoende reden het ontslagrecht te herzien. Ontslagrecht – de naam doet het al vermoeden – kan misschien beter juridisch dan economisch worden benaderd. Ontslagrecht zou een duidelijke en zorgvuldige afweging van de belangen van werkgever en werknemer mogelijk moeten maken en moet partijen leiden tot een billijke oplossing in geval van een geschil over het einde van de arbeidsovereenkomst.²⁰ Het is de vraag of het huidige ontslagrecht aan deze eis voldoet. De huidige regeling van het ontslagrecht is erg ingewikkeld en soms zijn de uitkomsten van het ontslagrecht onbillijk. Ik teken daarbij direct aan dat uit een recent onderzoek blijkt dat werkgevers in Nederland het ontslagrecht niet als een probleem ervaren: ruim driekwart van de werkgevers zegt bekend of goed bekend te zijn met het ontslagrecht, maar 6% zegt dat dit komt omdat de regels

18 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 804, nr. 1, p. 17, notitie *Nieuwe accenten op het terrein van werk en inkomen*.

19 Vergelijkbaar: Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel: *Afscheid van het duale ontslagrecht*, Den Haag, november 2000, p. 51.

20 Gangbaar is het om het doel van het ontslagrecht te zoeken in de bescherming van de werknemer tegen verlies van arbeid als gevolg van sociaal ongerechtvaardigd ontslag. Zie bijv. G.J.J. Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, Deventer: Kluwer 1992, p. 233, die de grondslag van het ontslagrecht zoekt in art. 19 Grondwet.

niet zo ingewikkeld zijn en het merendeel van de werkgevers laat zich door deskundigen bijstaan.²¹ Overigens valt uit het onderzoek op dat werkgevers een voorkeur hebben voor de procedure bij de kantonrechter omdat die duidelijk en snel is, terwijl anderzijds de uitkomsten van de procedure de werkgevers niet altijd tevreden stellen. Ook om een andere reden past voorzichtigheid bij de stelling dat het huidige ontslagrecht niet deugt. De Stichting van de Arbeid heeft in 2003 laten weten het huidige systeem te verkiezen boven het voorstel van de Commissie ADO.²² Sociale partners ervaren kennelijk minder problemen dan juristen. Dat laat onverlet dat de ingewikkeldheid een voldoende reden vormt na te denken over herziening van het ontslagrecht.

Historisch is de ingewikkeldheid van het ontslagrecht goed verklaarbaar. Bij de invoering van het ontslagrecht, in 1907, gold als uitgangspunt dat de arbeidsovereenkomst altijd kon worden opgezegd. Als de werkgever de bij de opzegging geldende regels niet in acht nam, leidde dat hoogstens tot een recht op schadevergoeding. Dat uitgangspunt is volledig terzijde geschoven door het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945, dat de werkgever verplicht toestemming voor de opzegging te vragen. Besluit en wet zijn nooit goed geïntegreerd, omdat de wetgever er steeds van uit is gegaan dat het besluit uit 1945 wel weer zou worden ingetrokken. Het besluit bestaat evenwel nog steeds. Ondertussen is de wetgever het Burgerlijk Wetboek gaan voorzien van met het uitgangspunt strijdige bepalingen, zoals de de opzegverboden. Deze verbieden het de werkgever bijvoorbeeld gedurende ziekte en zwangerschap de arbeidsovereenkomst op te zeggen, op straffe van vernietiging van de opzegging door de werknemer.²³ Daarmee werd opzeggen steeds moeilijker en zochten werkgevers naar alternatieven om een arbeidsovereenkomst te kunnen beëindigen. Sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw is daarvoor de ontbinding in zwang gekomen. In de wet staat al sinds 1907 een bepaling die het de werkgever mogelijk maakt de kantonrechter te vragen de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Voor deze ontbinding gelden nauwelijks wettelijke normen. Inmiddels worden per jaar ongeveer 60.000 arbeidsovereenkomsten met een toestemming opgezegd en ongeveer 66.000 arbeidsovereenkomsten door de rechter ontbonden.²⁴ Dit dubbele of duale stelsel leidt tot samenloopproblemen die nauwelijks te overzien zijn. Zo kan een werknemer van wie de arbeidsovereenkomst op staande voet is opgezegd die opzegging vernietigen en loon vorderen, waarna de werkgever voorwaardelijke ontbinding kan vragen, en als de

21 Zie *Onderzoek ontslagrecht ervaren door werkgevers*, 9 juni 2006, in opdracht van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, http://docs.szw.nl/pdf/129/2006/129_2006_3_9376.pdf. Opvalt dat een zeer klein aantal werkgevers is gevraagd: voor de hier genoemde gegevens betrof dat 58 werkgevers.

22 Stichting van de Arbeid: *Advies inzake het rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel*, juli 2003, publicatienummer 07/03.

23 Zie over de invoering van de bijzondere opzegverboden en de problemen die daaruit voortvloeien: S.W. Kuip en E. Verhulp, 'Vernietigbaarheid in het ontslagrecht: effectieve rechtsbescherming of fictie vol frictie', in: E. Lutjens, *De Le(e)nigheid van het Sociaal Recht*, VU 2006, p. 221-275.

24 Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, *Ontslagstatistiek jaarrapportage 2004*, mei 2005.

kantonrechter dat verzoek inwilligt, kan de werknemer vervolgens alsnog kiezen de opzegging te aanvaarden en de werkgever schadeplichtig te stellen. Hoe deze laatste mogelijkheid (de switch) zich verhoudt tot de algemene regeling van de eenzijdige rechtshandeling in het privaatrecht is volstrekt onduidelijk.²⁵ Overigens leidt de door de Hoge Raad geboden mogelijkheid te switchen naar mijn mening wel tot een redelijke uitkomst, zodat het – hoewel systematisch niet goed verklaarbaar – wel duidelijk toegevoegde waarde heeft. Dergelijke procedurele complexiteiten behoort een duidelijk en consistent ontslagrecht niet nodig te hebben om tot een billijke uitkomst te komen.

Het zou allemaal nog niet zo erg zijn als het systeem dan wel ingewikkeld was, maar in ieder geval tot redelijke uitkomsten zou leiden. Maar vaak is dat niet het geval. Daar zijn verschillende redenen voor. Een ervan is dat de werkgever kan kiezen op welke wijze hij de arbeidsovereenkomst tot een einde wil laten komen. Kiest de werkgever voor het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst, dan zal de kantonrechter daartoe in het algemeen wel overgaan, maar de werknemer een vergoeding toekennen aan de hand van de kantonrechtersformule. De werkgever kan ook de arbeidsovereenkomst opzeggen. Daarvoor is toestemming van de CWI nodig. In de praktijk wordt het verkrijgen daarvan soms als lastig ervaren, hoewel uit onderzoek blijkt dat in geval van bedrijfseconomische redenen of na twee jaar arbeidsongeschiktheid de toestemming veelal wordt verleend. De opzegging van de arbeidsovereenkomst vindt in beginsel zonder enige vergoeding aan de werknemer plaats. Betwist is of de werknemer recht heeft op een vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag alleen omdat hij bij een andere keuze van de werkgever ook een vergoeding zou hebben ontvangen. Betoogd kan worden dat het onredelijk is om de werkgever te laten bepalen of hij een ontslagvergoeding verschuldigd is, anderzijds geldt dat de ontbindingsprocedure zo zeer verschilt van de opzegging dat een vergelijking niet te maken is.²⁶ Ik kan de redelijkheid van een dergelijk systeem slecht inzien, zonder me daarmee voorstander te willen verklaren van toepassing van de kantonrechtersformule op de kennelijk onredelijk ontslagprocedure.²⁷

Die redelijkheid is nog verder te zoeken als wordt onderzocht wat precies de grondslag van die vergoeding is. Waarom dient een werkgever een werknemer bij ontbinding (bijna altijd) een vergoeding te betalen? Zeker als de werknemer snel weer ander werk vindt, is er immers nauwelijks schade, terwijl de vaak hoge vergoeding geen relatie met enige schade heeft. Uit onderzoek van het CPB blijkt dat de Nederlandse regeling om de arbeidsovereenkomst op te zeggen in verhouding tot buitenlandse regelingen uit de toon valt door de hoge mate van procedu-

25 Zie hierover: G.C. Boot, 'De Switch', *ArbeidsRecht* 2002/53 en E. Verhulp, 'Na de voorwaardelijke ontbinding', *ArbeidsRecht* 2003/6.

26 Zie bijvoorbeeld voor dit laatste standpunt: Gerechtshof 's-Gravenhage 10 januari 2003, JAR 2003/105.

27 Wel in deze zin: W.A. Zondag, 'Actuele rechtspraak inzake het kennelijk onredelijk ontslag', *AA* 2004/2, p. 61-62.

rele hindernissen.²⁸ Dat geldt voor de ontbinding niet, zodat het voor de hand ligt aan te nemen dat de vergoeding die de kantonrechter toekent aan de werknemer vooral strekt tot afkoop van een lastige procedure bij het CWI.²⁹ Of anders gezegd: bij de opzegging gelden vooral procedurele regels als bescherming tegen lichtvaardig ontslag, bij de ontbinding geldt vooral de financiële vergoeding als bescherming tegen lichtvaardig ontslag.

Een ander voorbeeld van een naar mijn mening onredelijke uitkomst van het huidige ontslagrecht is dat dit recht toestaat een werknemer drie jaar in *tijdelijke* dienst te nemen en daarna zijn arbeidsovereenkomst van rechtswege te laten aflopen. Dit brengt voor de werkgever geen enkele verplichting met zich mee, zelfs niet de verplichting om een goede reden voor het laten eindigen van de arbeidsrelatie aan te voeren. Als een werkgever een werknemer na drie jaar *vaste* dienst om een goede reden wil ontslaan, moet hij opzeggen (met inachtneming van die lastige procedureregels) of de kantonrechter vragen de arbeidsovereenkomst te ontbinden (en dan een vergoeding van gemiddeld drie jaarsalarissen betalen). Uit onderzoek blijkt ook dat 42% van de werknemers die recht hebben op een WW-uitkering van meer dan 3 jaar kans op een ontslagvergoeding hebben, terwijl die kans voor werknemers met een korter recht op WW aanzienlijk minder is. Van de werknemers met een maximale uitkeringsduur van een jaar ontvangt slechts één op de vijftien werknemers een vergoeding, van de werknemers die recht hebben op een WW-uitkering voor minimaal 2,5 jaar ontvangen vier op de tien een vergoeding. Ook de hoogte van die uitkering verschilt aanzienlijk.³⁰ Ik zou zeggen dat het eerlijker is wanneer het andersom zou zijn: de werkgever die een werknemer lang in onzekerheid laat over zijn positie betaalt de vergoeding als hij de arbeidsovereenkomst laat eindigen, de werkgever die de werknemer meteen in vaste dienst neemt en een goede reden heeft om te beëindigen, betaalt niets. Het CPE, het proeftijdcontract van twee jaar waar de Fransen massaal en met succes tegen te hoop liepen, kende wel de bepaling dat de werkgever die de arbeidsovereenkomst (met een opzegtermijn) in de proefperiode beëindigde, een vergoeding van 8% van het betaalde loon diende te betalen.³¹ In die zin was die regeling aanzienlijk beter dan de Nederlandse regeling.

Nog een laatste voorbeeld. Ik heb veel bewondering voor de kantonrechters, die de vele ontbindingsverzoeken zeer zorgvuldig afdoen, maar het blijven mensen. Soms is een beslissing van de kantonrechter om de arbeidsovereenkomst te ontbinden, of met betrekking tot de daarbij aan de werknemer toe te kennen vergoe-

28 CPB, *Centraal economisch plan 2006*, hfst 6: ontslagbescherming, te vinden op: http://www.cpb.nl/nl/pub/cepmev/cep/2006/speciale_onderwerpen/ontslag.pdf.

29 In deze zin: A. Baris, 'Vergoeding bij ontslag zonder grondslag', *SMA* 2004, nr. 7/8, p. 339 e.v.

30 R. Knegt, *Ontslagvergoedingen en WW*, rapport uitgebracht aan Min. SZW op 4 februari 2005, HSI, UvA, Amsterdam.

31 Ordonnance nr. 2005-893, 2/8/2005, *Journal officielle de la republique francaise*, 3/8/2005, 25.

ding, zonder meer onjuist, maar toch is er geen mogelijkheid om daartegen iets te ondernemen. De kantonrechter beslist zonder mogelijkheid van hoger beroep over het verzoek. Er zijn (gelukkig niet veel) meer voorbeelden bekend waarin de kantonrechter zo de plank mislaat, dat de rechtsstaat zich alleen maar kan schamen.³²

Ik concludeer, maar met voorzichtigheid, dat ook op grond van de noodzaak het ontslagrecht inzichtelijk en duidelijk te maken en het te laten leiden tot redelijke uitkomsten, redenen zijn het huidige systeem te herzien.

15.5 Naar een vaste ontslagvergoeding? Het Oostenrijkse model

Er zijn dus zowel economische argumenten, gericht op het dynamiseren van de arbeidsmarkt, als juridische argumenten, gericht op een eerlijker verdeling van de ontslagbescherming, om te pleiten voor herziening van het ontslagrecht. Een dergelijk pleidooi past in de huidige politieke discussie, als het zich richt op vermindering van ontslagbescherming waartegenover een vergroting van de kans op werk komt te staan. Gedacht vanuit de flexicurity-strategie kan deze ‘ruil van belangen’ leiden tot een situatie waarin zowel werkgevers als werknemers winnen. Ik ben er van overtuigd dat er systemen van ontslagrecht denkbaar zijn waarin de politieke opvattingen over dat ontslagrecht leiden tot een belangenverdeling die past binnen de flexicurity-strategie. Dat vergt een ruimere studie dan in dit kader past. Ik zal hier slechts ingaan op het Oostenrijkse model van de zogenaamde *Abfertigung Neu* en die betrekken op de Nederlandse situatie. Ik merk op dat er al zo veel voorstellen zijn gedaan met betrekking tot de herziening van het ontslagrecht en er zo veel over het ontslagrecht is nagedacht, dat aan al die inspanningen in dit bestek geen recht kan worden gedaan.

In Oostenrijk is per 1 januari 2003 een nieuwe regeling voor ontslagvergoedingen geïntroduceerd.³³ Voor die datum gold de regel dat onder bijzondere omstandigheden een werknemer recht had op een ontslagvergoeding (*Abfertigung Alt*), waarbij bepalend was de wijze van beëindiging. Recht op vergoeding bestaat indien de werkgever het initiatief tot beëindiging genomen heeft buiten schuld van de werknemer, of indien sprake is van het nemen van ontslag door de werknemer wegens pensioen of zorg voor kinderen. De hoogte van de uitkering is afhankelijk van de dienstdaag en bedraagt na een wachttijd van drie jaar, bij een

32 Zie bijvoorbeeld Ktr. Wageningen, te kennen uit Rb. Arnhem 22 oktober 2001, JAR 2002/11 en vooral: Ktr. Enschede, te kennen uit HR 14 februari 2003, JAR 2003/72 (Bulters/Thuiszorg Twente), waarin de A-G concludeert: ‘In gevallen als de onderhavige – en dat zijn er in ons land ongetwijfeld veel – is triest en in mijn ogen moeilijk aanvaardbaar dat voor privépersonen diep ingrijpende beslissingen in een enkele instantie en zonder behoorlijk feitenonderzoek worden genomen. Het wordt m.i. hoog tijd dat aan deze – in mijn ogen – misstand door de wetgever een einde wordt gemaakt.’

33 Bundesgesetz über die betriebliche Mitarbeiterversorgung (BMVG), BGBl. I. nr. 100/2002, en BGBl. I. nr. 153/2002.

diensttijd tot vijf jaar twee maandsalarissen, na vijf dienstjaren vier maandsalarissen, na 15 dienstjaren 6 maandsalarissen, na 20 dienstjaren 9 maandsalarissen en na 25 dienstjaren 12 maandsalarissen. Ongeveer 15% van de werknemers in Oostenrijk die werkloos worden, komen krachtens deze regeling in aanmerking voor een ontslagvergoeding.³⁴ Overigens wordt op de ontslagvergoeding in Oostenrijk maar 6% belasting geheven en worden geen premies sociale verzekeringen ingehouden. Deze regeling wordt als ontoereikend beschouwd, vooral vanuit het oogpunt van arbeidsmobiliteit. Voor Nederlandse oren bekende argumenten zijn er genoeg. De *Abfertigung Alt* stimuleert werknemers niet om zich te bewegen op de arbeidsmarkt, maar juist om in dienst van dezelfde werkgever te blijven. Het ontmoedigt het zoeken naar een betere match op de arbeidsmarkt, omdat de werknemer de vergoeding ‘verliest’ als hij zelf ontslag neemt. Aan de andere kant blijkt de vergoeding voor veel werknemers onbereikbaar hetgeen als onbillijk wordt ervaren. Gezien de toegenomen en wenselijke arbeidsmobiliteit kan een vergoeding die wordt uitgekeerd aan iedere werknemer die wordt ontslagen, beter bijdragen aan de inkomenszekerheid van de werknemer.³⁵

Om aan deze – en andere, niet op Nederland te betrekken bezwaren, zoals die van de vreemde ‘diensttijdsprongen’, tegemoet te komen is de *Abfertigung Neu* per 1 januari 2003 ingevoerd. Deze wet houdt de verplichting in voor iedere werkgever om een percentage van 1,53 van de loonsom per werknemer te storten in de zogenaamde *Mitarbeitervorsorge-Kasse*. Dit bedrag wordt vanaf de eerste dag na de proeftijd van een maand verschuldigd. De werknemer heeft bij ontslag door de werkgever na drie dienstjaren de keuze het ‘opgespaarde’ bedrag te laten uitbetalen of te laten staan en mee te nemen naar een nieuwe werkgever. De besteding van de vergoeding is vrij. Indien de werknemer zelf ontslag neemt of bij ontslag na een diensttijd van korter dan drie jaren, wordt het bedrag vastgehouden maar voor de werknemer gereserveerd in een *Vorsorge-Rucksack*. Door een vreemdsoortig overgangsrecht, waarbij alle arbeidsovereenkomsten die zijn gesloten voor 1 januari 2003 onder de oude regeling vallen, is pas ervaring met uitbetalingen vanaf 1 januari 2006.³⁶ Het is nu eenvoudig te vroeg om de regeling goed te kunnen evalueren. De Oostenrijkse regeringspartij FPÖ laat zich wel op de invoering van de regeling voorstaan, hetgeen als een indicatie kan worden gezien dat de regeling op prijs wordt gesteld.

Het ontbreken van een goede evaluatie maakt het lastig om te onderzoeken of de regeling in Nederland zinvol zou kunnen zijn. Een dergelijke regeling komt wel tegemoet aan een aantal juridische en andere bezwaren die ik eerder signaleerde, en die in belangrijke mate overeenkomen met de bezwaren die zijn aangevoerd

34 Hierover: T. Tomandl e.a., *Abfertigung Neu*, Wien-Graz 2003, p. 15-17.

35 Zie voor deze bezwaren en over de heftige politieke discussie in Oostenrijk over de *Abfertigung Neu*: R. Leutner, B. Achitz e.a.: *Betriebliches Mitarbeitervorsorgegesetz*, Wien 2003, p. 11-19.

36 Zie voor de regeling ook de site van het ministerie: <http://www.bmwa.gv.at/abfertigungneu/>.

tegen de *Abfertigung Alt*. Maar of dat voldoende is om te pleiten voor een dergelijke regeling in Nederland waag ik te betwijfelen.

Ik vermoed dat indien in Nederland invoering van een regeling vergelijkbaar met de Oostenrijkse terzake van de ontslagvergoeding wordt overwogen, ook zal worden overwogen een hoger percentage van het loon als bijdrage van de werkgever te bepalen. Uit onderzoek blijkt dat het totaal van betaalde ontslagvergoedingen in Nederland per jaar mag worden geschat op 3,2 miljard euro. Gemiddeld betekent dit dat voor ieder ontslag waarbij de werkgever een vergoeding betaalt (per jaar in het onderzoek gesteld op 92 011), die vergoeding gemiddeld ongeveer 35 000 euro bedraagt. Als dit bedrag wordt gemiddeld over alle beëindigingen van de arbeidsovereenkomst als gevolg waarvan de werknemer een WW-uitkering aanvraagt (415 000 per jaar) betekent dit per ontslag een bedrag van 7700 euro. De gemiddeld betaalde vergoeding bedraagt 1,4 maandsalaris per dienstjaar.³⁷ Omdat de werknemer ook bij vrijwillig ontslag de vergoeding toekomt, lijkt het me reëel aan te nemen dat een werkgever gemiddeld ongeveer drie tot vier procent van de loonsom aan directe ontslagkosten kwijt is. Immers het betaalde percentage van de loonsom dat de werkgever aan een werknemer betaalt, als hij een ontslagvergoeding betaalt, ligt aanzienlijk hoger dan acht. Een dergelijke vergoeding wordt betaald in ongeveer een kwart van de gevallen. Het percentage komt dan ruim boven de twee uit. Als er daarnaast rekening wordt gehouden met op- en aanzegtermijnen, waarover wel loon wordt betaald maar vaak weinig arbeid wordt verricht, komt het percentage al snel boven de drie. Daarnaast zijn er nog de griffierechten en advocaatkosten³⁸ die ik maar buiten beschouwing laat. Daarbij merk ik op dat deze kosten niet evenredig door het midden- en kleinbedrijf (MKB) en het grootbedrijf worden betaald. Ik vermoed dat het MKB gemiddeld aanzienlijk lager zal uitkomen. In deze niet-evenredigheid zal het verzet van MKB-Nederland tegen een vaste ontslagvergoeding gevonden worden, en dat verzet zal bij deze regeling niet minder zijn.

In de geest van de flexicurity-strategie zou tegenover deze vergoeding een versoepeling van het ontslag moeten staan. In het Oostenrijkse model is daarvoor nauwelijks oog geweest: de vergoeding die de werkgever krachtens de *Abfertigung Alt* verschuldigd is, is kennelijk te laag om als barrière tegen ontslag te gelden. Naast de vaste ontslagvergoeding behoudt de werknemer daar de reeds bestaande ontslagbescherming, alleen de vergoeding is gemiddeld lager, maar wordt eerlijker verdeeld. In de Nederlandse verhoudingen zou dat betekenen dat de kantonrechter, als hij reden ziet de arbeidsovereenkomst te ontbinden, dat in beginsel zonder toekenning van een verdere vergoeding zal moeten doen. Ik zie dat slecht

37 Zie voor al deze gegevens: R. Knegt, *Ontslagvergoedingen en WW*, rapport uitgebracht aan Min. SZW op 4 februari 2005, HSI, UvA, Amsterdam.

38 En die zijn ook aanzienlijk. Zo becijferde Verburg de griffierechten voor de ontbindingen in 2003 op 22 miljoen euro; zie L.G. Verburg, *De ontbinding van de arbeidsovereenkomst in tienvoud*, Reeks VvA 35, p. 149.

voor me. Hier geldt de ontslagvergoeding duidelijk wel als ontslagbescherming: de prijs die de werkgever moet betalen voor ontslag kan zo hoog zijn dat hij de werknemer liever in dienst houdt. Kort gezegd: de werkgever is de vergoeding altijd kwijt en zal zijn gedrag door de dreiging van een ontslagvergoeding niet laten beïnvloeden. Van deze vorm van ontslagvergoeding gaat geen prikkel uit om te werken aan de employability van de werknemer. De werkgever ondervindt geen stimulans om de werknemer extra scholing of arbeidsmarktkansen te bieden. Dat zou wel zo zijn als die kunnen worden vergoed uit de ontslagvergoedingspot, maar dat past slecht in het stelsel.

Toch moet worden voorkomen dat de Nederlandse werknemer een Piet Dingemans-reactie ('je geeft toch je ontslagbescherming op') geeft bij de gedachte van het zoeken naar een andere baan. Maar het Oostenrijkse systeem, hoe sympathiek ook vanwege de eerlijke verdeling van vergoedingen, lijkt daarvoor zonder grote aanpassingen niet echt geschikt. Ik stel voor rustig verder te zoeken naar een mooi ontslagstelsel, dat recht doet aan de private en publieke belangen, waarbij de sociale zekerheid een goede rol vervult en denk daarbij met regelmaat aan de opvatting van Noordam: *'Werkgevers en werknemers primair verantwoordelijk maken voor de kortdurende werkloosheid en de gemeenschap voor de langdurige past bij de subsidiaire taak van de publieke sociale zekerheid.'*³⁹

39 F.M. Noordam, 'Einde werk, einde verhaal? Vijf modellen', in: C.J. Loonstra, *De onderneming en het arbeidsrecht in de 21ste eeuw*, Den Haag: BJU 2000, p. 341.

Twintig jaar werkloosheidsrecht in de overheidssector

Linda Lanting

16.1 Inleiding

In 1986 werd Frits Noordam benoemd tot bijzonder hoogleraar socialezekerheidsrecht. In het najaar van 1986 volgde mijn eerste kennismaking met het socialezekerheidsrecht en met Frits Noordam. Ik herinner me nog goed het college over de Werkloosheidswet (WW). Een vriendelijke en enigszins verlegen docent legde ons omstandig uit dat vanaf 1 januari 1987 een geheel nieuwe WW zou gelden, die qua systematiek sterk zou afwijken van de bestaande wet. Omdat deze nieuwe WW nog niet beschreven stond in de ‘Schets van Bakels’ en bovendien nog veel onduidelijkheden bevatte, dienden wij niettemin de oude WW te bestuderen. Als student vond ik dit tamelijk absurd. Het tentamen stond gepland voor januari 1987 en waarom zouden wij dan nog een wet moeten kennen die ondertussen was ingetrokken? Van het vervolg van dit college staat me alleen nog bij dat wij een uitleg kregen over de beruchte ‘of-of-redenering’.¹

Inmiddels is het twintig jaar later en lijkt de enige constante in het socialezekerheidsrecht de ‘eeuwige drang tot verandering’ te zijn, getuige ook twee recente artikelen van Frits Noordam.² Het socialezekerheidsrecht is de afgelopen twintig jaar niet alleen een onrustig bezit geweest voor werkgevers en werknemers in de marktsector, maar zeker ook voor overheidswerkgevers en ambtenaren. In deze bijdrage wil ik de wijzigingen in het werkloosheidsrecht vanuit het perspectief van de werkloze ambtenaar en de overheidswerkgever belichten. Eerst sta ik in paragraaf 16.2 stil bij de vraag waarom de WW in 2001 is opengesteld voor amb-

1 Volgens deze ‘of-of-redenering’ was de werknemer ofwel terecht op staande voet ontslagen waardoor hij onvrijwillig werkloos was geworden en geen recht op uitkering had. Ofwel dit ontslag op staande voet was niet terecht, maar in dat geval bestond nog recht op loon jegens de werkgever en dus niet op een uitkering. Zie uitgebreider hoofdstuk IV in J. Riphagen, *Ontslag en het recht op een werkloosheidsuitkering. Een onderzoek naar de relatie tussen ontslag en de daarmee samenhangende sanctiebepalingen in het werkloosheidsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1985, p. 143-165.

2 Zie F.M. Noordam, ‘Sociale zekerheid: een uiterst veranderlijk verschijnsel (I)’, *SMA* 2005, p. 272-283 en ‘Sociale zekerheid: een uiterst veranderlijk verschijnsel (II)’, *SMA* 2005, p. 335-345.

tenaren. De invoering van de WW voor ambtenaren kan niet los worden gezien van belangrijke wijzigingen in het arbeidsvoorwaardenoverleg in de overheidssector waaraan ik in paragraaf 16.3 aandacht schenk. Vervolgens bespreek ik in paragraaf 16.4 op hoofdlijnen wat er qua aanspraken is gewijzigd voor de werkloze ambtenaar, waarbij ik korthedshalve de positie van de rijksambtenaar als uitgangspunt neem. Paragraaf 16.5 is gewijd aan de gevolgen van de invoering van de WW voor overheidswerkgevers en in paragraaf 16.6 sluit ik deze bijdrage af met een conclusie en een persoonlijke noot.

16.2 WW in plaats van wachtgeld

Een wettelijke regeling ter dekking van het risico van werkloosheid voor werknemers uit het particuliere bedrijfsleven kwam tot stand in 1949.³ Voor bepaalde rijksambtenaren daarentegen was reeds een eeuw eerder een wachtgeldregeling getroffen.⁴ Sinds de invoering van de Ambtenarenwet in 1929 was iedere overheidswerkgever verplicht een wachtgeldregeling te treffen.⁵ Bij de invoering van de eerste WW voor werknemers bestond er dan ook weinig of geen behoefte deze wet in te voeren voor ambtenaren. De uitsluiting van ambtenaren van de persoonlijke werkingssfeer van de WW ontmoette halverwege de vorige eeuw dan ook geen kritiek.

De WW die in 1987 werd ingevoerd verving niet alleen de WW uit 1949, maar ook de in 1965 ingevoerde Wet Werkloosheidsvoorziening (WWV). De WWV was geen werknemersverzekering, maar een sociale voorziening en daarom viel overheidspersoneel wel onder deze regeling. De invoering van een nieuwe WW in 1987 maakte deel uit van een omvangrijke (bezuinigings)operatie tot herziening van de werknemersverzekeringen, die bekend staat als de ‘stelselherziening’. In het kader van deze stelselherziening merkte het kabinet in een adviesaanvraag uit 1984 aan de SER het volgende op:

‘Gezien de maatschappelijke ontwikkelingen ten aanzien van de verhouding tussen de overheid als werkgeefster en haar personeel en gelet op de positie van het overheidspersoneel in het totale arbeidsbestel, meent het kabinet dat er geen aanleiding behoeft te zijn voor een bijzondere positie van dit personeel op het sociale zekerheidsterrein. Dit uitgangspunt brengt met zich mee dat het overheidspersoneel in beginsel onder het algemene stelsel van sociale zekerheid zou kunnen vallen.’⁶

3 Wet van 9 september 1949, Stb. J 423. Deze werkloosheidswet trad pas op 1 juli 1952 in werking.

4 Besluit van 2 juli 1849, Stb. 1849, 55. De voornaamste reden voor toekenning van wachtgeld was de opheffing van de betrekking als gevolg van bezuiniging.

5 Zie art. 125 lid 1 onder c AW.

6 SER-advies 1984, nr. 16, p. 67.

Dit standpunt van het kabinet kwam niet echt als een verrassing, omdat twee jaar eerder op de jaarlijkse vergadering van de Nederlandse Juristenvereniging de meerderheid van de aanwezige leden zich had uitgesproken voor het zo veel mogelijk opheffen van rechtspositionele verschillen tussen werknemers en ambtenaren.⁷ Dit naar aanleiding van een tweetal preadviezen over de vraag of er aanleiding bestond de rechtspositionele verschillen tussen ambtenaren en civielrechtelijke werknemers te handhaven. Een van de twee preadviseurs, De Jong, stelde onder meer voor de stelsels van sociale zekerheid van ambtenaren en werknemers naar elkaar toe te brengen. Hierbij vroeg De Jong uitdrukkelijk aandacht voor de problematiek van verkregen rechten.⁸

In zijn advies uit 1984 merkte de SER op dat het naar zijn oordeel vanuit het functioneren van het stelsel van sociale zekerheid bij werkloosheid en arbeidsongeschiktheid bezien, op zichzelf genomen niet wenselijk was dat bepaalde groepen van werknemers en hun werkgevers waren uitgesloten van een overigens algemeen geldende en bij wet verplichte risicoverevening ter zake van werkloosheid en arbeidsongeschiktheid. De SER toonde zich dan ook in beginsel voorstander van opname van overheidspersoneel in de kring van verzekerden voor de werknemersverzekeringen. Dit zou immers het draagvlak voor deze verzekeringen vergroten. Omdat de bestaande socialezekerheidsaanspraken van ambtenaren echter een integraal onderdeel waren van hun rechtspositieregelingen diende een beslissing over het betrekken van ambtenaren bij de werknemersverzekeringen pas genomen te worden nadat daarover overleg was gevoerd met de ambtenarencentrales.⁹

Bij de indiening van het wetsvoorstel voor een nieuwe WW stelde het kabinet vervolgens voor overheidspersoneel daadwerkelijk¹⁰ onder de WW te laten vallen. Hiervoor werd een beroep gedaan op het gelijkheids- of rechtvaardigheidsargument, inhoudende dat er geen objectieve redenen meer waren voor afzonderlijke socialezekerheidsregelingen voor overheidspersoneel. Een ander meer sociaal-economisch argument was dat het Algemeen Werkloosheidsfonds meer premies

7 E.P. de Jong, 'Bestaat er aanleiding de rechtspositionele verschillen tussen ambtenaren en civielrechtelijke werknemers te handhaven?', in: *Handelingen der Nederlandse Juristenvereniging 1982*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1982.

8 De tweede preadviseur, Niessen, was van mening dat per rechtspositioneel element moest worden onderzocht of een afwijkende regeling voor ambtenaren (nog) op zijn plaats was of niet. Niessen deed echter geen suggesties ten aanzien van de socialezekerheidsaanspraken van ambtenaren. C.R. Niessen, 'Bestaat er aanleiding de rechtspositionele verschillen tussen ambtenaren en civielrechtelijke werknemers te handhaven?', in: *Handelingen der Nederlandse Juristenvereniging 1982*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1982, p.129 en 235-236.

9 SER-advies 1984, nr. 16, p. 67-70.

10 Strikt genomen vielen degenen met een publiekrechtelijke aanstelling, ambtenaren in de zin van de Ambtenarenwet, jonger dan 65 jaar, reeds vanaf 1 juli 1967 onder de WW. Omdat ambtenaren in de zin van de Algemene burgerlijke pensioenwet echter werden uitgezonderd van de personele werkingsfeer van de WW en vrijwel alle ambtenaren in de zin van de AW tevens ambtenaar in de zin van de Algemene burgerlijke pensioenwet waren, was de WW per saldo niet van toepassing.

zou ontvangen wanneer ambtenaren onder de WW komen te vallen. Omdat het ontslagrisico in de overheidssector lager lag dan in de marktsector zou de premie voor de WW voor werknemers in de marktsector omlaag kunnen hetgeen gunstig zou zijn voor de koopkracht van deze werknemers en voor de bevordering van de economische groei en de werkgelegenheid.¹¹

In zijn advies over de nieuwe WW stelde de Raad van State niet overtuigd te zijn van het beroep van het kabinet op het gelijkheidsargument. De Raad wees erop dat de arbeidsvoorwaardenontwikkeling voor overheidspersoneel de afgelopen jaren om budgettaire redenen geen gelijke tred had gehouden met de marktsector. Zo bedroeg het vakantiegeld voor ambtenaren slechts 7,5% in plaats van 8% voor werknemers en waren de bruto-ambtenarensalarissen in 1984 gekort met 3%. Volgens de Raad van State was het bovendien prematuur en onjuist wanneer het parlement zich in principe zou kunnen uitspreken voor het opnemen van overheidspersoneel in de toekomstige WW voordat met de ambtenarencentrales over deze kwestie overleg zou zijn gevoerd.¹²

Een beroep op het gelijkheids- of rechtvaardigheidsargument om ambtenaren onder de WW te brengen kon volgens Van Kessel niet worden gedaan, wanneer zou blijken dat ambtenaren in het verleden een betere wachtgeldregeling hadden behouden of gekregen in ruil voor minder gunstige arbeidsvoorwaarden op een ander vlak. Bovendien stelde Van Kessel dat het onjuist was de wachtgeldaanspraken geïsoleerd te behandelen; er diende onderhandeld te worden over het totale arbeidsvoorwaardenpakket van het overheidspersoneel.¹³

Uiteindelijk werd de nieuwe WW per 1 januari 1987 ingevoerd zonder van toepassing te zijn op overheidspersoneel. De minister van Financiën had namelijk ingezien dat verevening van het werkloosheidsrisico tussen de marktsector en de overheidssector slechts zou leiden tot een niet onbelangrijke subsidie van de overheid aan het bedrijfsleven. Berekend was dat invoering van de WW in de overheidssector per 1988 530 miljoen gulden zou kosten en dat dit bedrag kon oplopen tot 1.155 miljoen gulden in 1990.¹⁴ Behalve de minister van Financiën zaten ook de ambtenarencentrales niet te wachten op een werkelijke openstelling van de WW. Zij vreesden niet alleen een aanzienlijke achteruitgang van de

11 Zie over deze twee argumenten om de WW voor ambtenaren open te stellen tevens W. van Voorden, 'Overheidspersoneel onder de nWW: een voornemen met steeds minder kans van slagen', p. 106-113 in: W. Albeda e.a., *Ambtenaren in het jaar 2000*, Den Haag: SDU 1989, meer in het bijzonder p. 109.

12 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 261, nr. B-C, p. 6.

13 J.G.F.M. van Kessel, 'Werkloosheid en overheidspersoneel', *SMA* 1986, p. 777-789, meer in het bijzonder p. 786.

14 Notitie inzake de werkloosheidsverzekering van overheidspersoneel binnen het stelsel van sociale zekerheid, ministerie van Binnenlandse Zaken, mei 1987, p. 24-26.

bestaande aanspraken bij ontslag en werkloosheid, maar ook dat overheidswerkgevers eerder tot ontslag zouden overgaan wanneer zij niet langer eigenrisicodragers zouden zijn voor het werkloosheidsrisico. In 1989 zag het er dan ook naar uit dat het plan ambtenaren onder de WW te brengen op de lange baan zou worden geschoven.¹⁵

Enkele jaren later, in 1993, werd echter de operatie ‘Overheidspersoneel onder de werknemersverzekeringen’ (OOW-operatie) aangekondigd.¹⁶ Niet alleen de WW, maar ook de ZW en de WAO zouden voor overheidspersoneel worden opengesteld. Het enige argument dat het kabinet hiervoor hanteerde was het gelijkheids- of rechtvaardigheidsargument. Vanaf begin jaren negentig van de vorige eeuw was bovendien een proces van ‘normalisering’ gestart, waarmee werd bedoeld dat de rechtspositie van ambtenaren zo veel mogelijk aangepast diende te worden aan de arbeidsvoorwaarden van werknemers uit het bedrijfsleven. De arbeidsvoorwaarden voor de marktsector werden hierbij gezien als norm. Van marktconforme arbeidsvoorwaarden zou echter geen sprake kunnen zijn, wanneer de bijzondere positie van de overheid als wetgever en werkgever hiertoe aanleiding zou geven. Het eerder gehanteerde sociaaleconomische argument – vergroting van het draagvlak van het werkloosheidsrisico – werd anders dan omstreeks 1986 niet genoemd als reden voor de OOW-operatie.¹⁷ Een oplossing voor de door de minister van Financiën gevreesde extra lasten voor de overheid bij verevening van het werkloosheidsrisico tussen de overheidssector en de marktsector had het kabinet in 1993 nog niet gevonden. Uit pragmatische overwegingen besloot het kabinet de WW vooralsnog open te stellen voor overheidspersoneel zonder risicoverevening met de marktsector en de beslissing daarover uit te stellen.

16.3 De invloed van de ambtenarencentrales op de aanspraken bij werkloosheid

Zoals gezegd, stonden de ambtenarencentrales bepaald niet te trappelen om de WW voor ambtenaren te laten gelden. Een voorstel van het kabinet uit 1985 om hierover te komen praten, werd door de ambtenarencentrales dan ook resoluut verworpen. Eerst diende aan de ambtenarencentrales een meer gelijkwaardige

15 Van Voorden wees op de curieuze belangenparalleliteit die in dit verband bestond tussen de minister van Financiën en de ambtenarencentrales. Hij ging met collega Rood een weddenschap om een fles wijn aan dat ambtenaren niet voor 1992 onder de WW zouden komen te vallen. Zie Van Voorden, op.cit., p. 108-109.

16 *Kamerstukken II* 1992/93, 22 800 VII, nr. 44.

17 In de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel voor de Wet OOW werd gewezen op het regeringsbeleid inzake de normalisering van de arbeidsvoorwaarden en de arbeidsverhoudingen van overheidspersoneel. Dit regeringsbeleid inzake normalisering strekte zich ook uit tot het terrein van de sociale zekerheid van het overheidspersoneel. *Kamerstukken II* 1996/97, 25 282, nr. 3, p. 2.

onderhandelingspositie ten opzichte van de minister van Binnenlandse Zaken te zijn toegekend en pas daarna zou eventueel over invoering van de WW gesproken kunnen worden.

Halverwege de jaren tachtig van de vorige eeuw bestond voor de ambtenarencentrales het recht op ‘open en reëel overleg’ over hun arbeidsvoorwaarden. Aangezien de wachtgeldregeling een integraal onderdeel was van de rechtspositie van de ambtenaar gold dit overlegrecht ook ten aanzien van het wachtgeld. Hoewel het streven bij het voeren van open en reëel overleg was gericht op het bereiken van overeenstemming bleef het grote manco dat de minister van Binnenlandse Zaken na het voeren van open en reëel overleg met de ambtenarencentrales bevoegd bleef eenzijdig de rechtspositieregelingen te wijzigen.

Kort voor de aankondiging van de OOW-operatie in 1993 hadden zich echter twee fundamentele wijzigingen voorgedaan op het vlak van de arbeidsvoorwaardenvorming in de overheidssector. In de eerste plaats was in 1989 het overeenstemmingsvereiste ingevoerd. Dit impliceert dat rechtspositieregelingen waaraan individuele ambtenaren rechten kunnen ontleen, slechts kunnen worden gewijzigd of ingevoerd, indien daarover overeenstemming is bereikt tussen drie van de vier ambtenarencentrales en de minister van Binnenlandse Zaken.¹⁸ Het overeenstemmingsvereiste was bedoeld om het arbeidsvoorwaardenoverleg in de overheidssector meer marktconform te maken, maar had niet als doel de ambtenarencentrales meer rechten toe te kennen dan die welke aan vakbonden in de marktsector toekomen. De invoering van een wettelijke regeling, zoals de Wet OOW en dus de openstelling van de WW, viel derhalve niet onder het overeenstemmingsvereiste.

De tweede belangrijke wijziging in het arbeidsvoorwaardenoverleg was het sectorenmodel dat begin 1993 werd ingevoerd. Voortaan kon iedere overheidssector het arbeidsvoorwaardenoverleg afzonderlijk voeren, zodat per sector meer maatwerk mogelijk was. Over bepaalde onderwerpen zoals de pensioenen, maar ook de aanspraken met betrekking tot werkloosheid voor zover overeenkomend met de wettelijke aanspraken voor werknemers diende echter nog wel op centraal niveau met alle overheidssectoren gezamenlijk te worden overlegd. Over de werkloosheidsaanspraken die meer inhielden dan de wettelijke aanspraken, ook wel aangeduid als de bovenwettelijke werkloosheidsaanspraken, kon dus sinds 1993 sectoraal worden onderhandeld. Voor de sector Onderwijs, waar zich een groot wachtgeldprobleem voordeed, leidde dit reeds in 1994 tot de invoering van een WW-conforme regeling, het Besluit Werkloosheid onderwijs- en onderzoekper-

18 De basis voor het overeenstemmingsvereiste is te vinden in art. 125 lid 1 onder q AW. Voor rijksambtenaren is dit uitgewerkt in art. 105 ARAR.

soneel (BWOO).¹⁹ Per saldo betekende invoering van het BWOO in de meeste gevallen een achteruitgang in de werkloosheidsaanspraken van onderwijspersoneel.

Dankzij de invoering van het overeenstemmingsvereiste verkregen de ambtenaren centrales dus zeggenschap over de inhoud en de wijziging van de zogeheten bovenwettelijke werkloosheidsaanspraken. Het overeenstemmingsvereiste gold echter niet ten aanzien van de invoering of wijziging van een wettelijke regeling zoals de Wet OOW. De ambtenaren centrales konden dus niet met een beroep op het overeenstemmingsvereiste voorkomen dat de WW werd ingevoerd voor overheidspersoneel.²⁰

16.4 De aanspraken van de werkloze ambtenaar

In hoeverre verschilt nu de positie van de ambtenaar die in 1986 werkloos werd van die van de ambtenaar die in 2006 werkloos wordt? Zoals eerder opgemerkt ga ik korthedshalve uit van de rijksambtenaar, maar ik gaf al aan dat de werkloosheidsaanspraken van bijvoorbeeld onderwijspersoneel al in 1994 ingrijpend werden herzien. Om voor wachtgeld in aanmerking te komen diende een (vast)²¹ aangestelde ambtenaar te zijn ontslagen op een van de limitatief opgesomde ontslaggronden. De meest voorkomende ontslaggronden die recht gaven op wachtgeld waren opheffing van de betrekking, overtolligheid of een privatiseringsontslag. Na het krijgen van ontslag als disciplinaire straf bestond in het geheel geen recht op wachtgeld of ontslaguitkering, terwijl de rijksambtenaar na een ontslag wegens functionele ongeschiktheid alleen recht had op wachtgeld, wanneer dit ontslag niet in overwegende mate aan eigen schuld of toedoen was te wijten.²² De basisduur van het wachtgeld bedroeg drie maanden en de duur ervan werd verlengd aan de hand van een bepaalde formule, waarbij leeftijd en diensttijd van de ambtenaar op de ontslagdatum van belang waren. De hoogte van het wachtgeld beliep in 1986 drie maanden 90%, vervolgens negen maanden 80% en daarna 70% van de laatstgenoten (ongemaximeerde) bezoldiging. Indien de wachtgelder nieuwe inkomsten verwierf gold een aantrekkelijke bijverdienrege-

¹⁹ Besluit van 4 februari 1994, Stb. 1994, 100.

²⁰ Niessen stelt dat hij de indruk heeft dat de OOW-operatie alleen was bedoeld om het overeenstemmingsvereiste te ontwijken. C.R. Niessen, 'Het einde van de normalisering van de ambtelijke rechtsverhouding', *SR* 2001, p.335-339, meer in het bijzonder, p.336.

²¹ In theorie konden ook tijdelijk aangestelde rijksambtenaren voor wachtgeld in aanmerking komen, maar in de praktijk hadden alleen vast aangestelde rijksambtenaren recht op wachtgeld.

²² In de sector Gemeenten was de modelregeling van de Vereniging voor Nederlandse Gemeenten iets gunstiger, omdat een gemeenteambtenaar na een ontslag wegens disfunctioneren ten minste recht had op een ontslaguitkering. Zie A.C. Damsteegt en B.B.B. Lanting, 'De werkloze ambtenaar en verwijtbare werkloosheid ex art. 24 WW', *SR* 2004, p. 403-416, meer in het bijzonder p.406.

ling, omdat de inkomsten pas werden verrekend voor zover de ambtenaar meer dan 100% van zijn laatstgenoten bezoldiging verdiende. Op de wachtgelder rustten bepaalde verplichtingen zoals het verschaffen van inlichtingen, het opgeven van genoten inkomsten, etc. Eerst in 1987 werd ingevoerd dat een wachtgelder zich bij het arbeidsbureau diende in te schrijven. Een actieve sollicitatieplicht bestond niet voor de wachtgelder. Wel was de wachtgelder verplicht mee te werken aan zijn herplaatsing, diende hij een aangeboden passende betrekking te aanvaarden en mocht hij geen (mogelijke) inkomsten prijsgeven.

Indien de rijksambtenaar niet in aanmerking kwam voor wachtgeld, kon recht bestaan op een (korte of lange) ontslaguitkering. Ook hier gold als voorwaarde een ontslag, maar niet een specifieke ontslaggrond zoals bij het wachtgeld. Een nadeel was dat bij vermindering van de omvang van de aanstelling zonder een uitdrukkelijk ontslagbesluit er in het geheel geen recht bestond op een ontslaguitkering. Zo werd bijvoorbeeld de omvang van de tijdelijke aanstelling van een docente aan de Rijksuniversiteit Groningen per 1 september 1987 gehalveerd. Voor dit verlies van 50% van haar aanstelling en dus van haar inkomen, bestond geen recht op ontslaguitkering, omdat geen ontslagbesluit was genomen.²³ Zou betrokkene onder de in 1987 ingevoerde WW zijn gevallen dan had zij wel recht gehad op een uitkering over haar verloren arbeidsuren. Er bestond geen recht op een ontslaguitkering wanneer sprake was van eigen schuld of toedoen, dan wel van niet-onvrijwillige werkloosheid. Deze weigeringsgronden waren ontleend aan de WW uit 1949. De duur van de lange ontslaguitkering was een zesde van de diensttijd, met een maximum van twee jaar. De hoogte van de lange ontslaguitkering beliep in 1986 zes maanden 90%, vervolgens zes maanden 80% en daarna 70% van de laatstgenoten (ongemaximeerde) bezoldiging. Duur en hoogte van de korte ontslaguitkering werden steeds zoveel mogelijk afgestemd op de rechten die een werknemer aan de WW kon ontleen. Voor degenen met recht op een ontslaguitkering golden vrijwel dezelfde verplichtingen als voor de wachtgelder.

Een rijksambtenaar die in 2006 werkloos wordt, kan in aanmerking komen voor een uitkering op grond van de WW wanneer hij werkloos is in de zin van art. 16 WW en hij voldoet aan de referte-eis(en) van art. 17 WW. Een ontslag is niet noodzakelijk zolang sprake is van verlies van een minimum aantal arbeidsuren, loonverlies en beschikbaarheid voor arbeid. De gehanteerde ontslaggrond is wel van belang voor de vraag of de ambtenaar verwijtbaar werkloos is geworden. De situaties waarin in 1986 wachtgeld of ontslaguitkering zou zijn geweigerd vanwege eigen schuld of toedoen dan wel niet-onvrijwillige werkloosheid, zullen in 2006 meestal leiden tot gehele of gedeeltelijke weigering van de WW-uitkering vanwege verwijtbare werkloosheid. Het meest opmerkelijke verschil is dat bij een ontslag op aanvraag van de ambtenaar nimmer recht bestond op wachtgeld en zel-

23 Zie CRvB 21 november 1991, TAR 1992/9.

den op een ontslaguitkering, terwijl bij ontslag op eigen verzoek onder omstandigheden wel recht kan bestaan op een WW-uitkering.²⁴

Afhankelijk van de gehanteerde ontslaggrond, kan de vast aangestelde rijksambtenaar in aanmerking komen voor een bovenwettelijke werkloosheidsuitkering op grond van het Besluit bovenwettelijke uitkeringen bij werkloosheid voor de sector Rijk (BBUW-Rijk).²⁵ Vrijwel dezelfde ontslaggronden die in 1986 recht gaven op wachtgeld, bieden in 2006 aanspraak op een bovenwettelijke werkloosheidsuitkering. Volgens art. 2 BBUW-Rijk is de duur van de totale uitkering (WW plus bovenwettelijk) gelijk aan de duur die destijds gold voor het wachtgeld. Qua uitkeringsduur is de vast aangestelde rijksambtenaar er in vergelijking met 1986 dus niet op achteruit gegaan. De hoogte van de WW-uitkering plus bovenwettelijke aanvulling bedraagt in 2006 echter niet meer dan 70% van de laatstgenoten bezoldiging, zodat in dit opzicht sprake is van een vermindering van aanspraken. Deze verlaging tot 70% vloeit voort uit de meest recente afspraak met de ambtenarencentrales in de sector Rijk.

Een tijdelijk aangestelde rijksambtenaar heeft na ontslag geen recht op een bovenwettelijke werkloosheidsuitkering, maar komt alleen voor een uitkering op grond van de WW in aanmerking. Indien slechts aan de wekeneis wordt voldaan en alleen recht bestaat op een kortdurende uitkering ter hoogte van 70% van het minimumloon gedurende zes maanden, is betrokkene altijd slechter af dan in 1986. Ook wanneer recht bestaat op een loongerelateerde WW-uitkering zal dikwijls sprake zijn van een vermindering van aanspraken ten opzichte van 1986. Wie bijvoorbeeld op 32-jarige leeftijd een diensttijd had van 12 jaar had namelijk twee jaar lang recht op een ontslaguitkering, eventueel gevolgd door een WWV-uitkering gedurende twee jaar. In de WW varieert de duur van de loongerelateerde uitkering van zes maanden tot vijf jaar. Men dient echter ten minste 38 jaar te zijn om gedurende twee jaar recht op uitkering te hebben. In vergelijking met de ontslaguitkeringen is de hoogte van de loongerelateerde uitkering bovendien nooit meer dan 70% van het gemaximeerde dagloon.

Wat de verplichtingen betreft verschilt de WW in zoverre van het wachtgeld of de ontslaguitkering dat de werkloze ambtenaar in 2006 in tegenstelling tot 1986 een actieve sollicitatieplicht heeft, waarbij in iedere week ten minste één sollicitatie-activiteit moet worden verricht. Heeft de werkloze ambtenaar nieuwe werkzaamheden gevonden dan heeft de WW een minder aantrekkelijke bijverdienregeling dan destijds. Zodoende is het niet langer mogelijk om via een kleine deeltijdaanstelling van bijvoorbeeld anderhalve dag bij te verdienen tot 100% van de laatstgenoten bezoldiging.

²⁴ Zie Damsteegt en Lanting, op.cit., p. 414.

²⁵ Besluit van 19 juni 1996, Stb. 1996, 352, laatstelijk gewijzigd bij Besluit van 7 december 2005, Stb. 2005, 637.

16.5 De positie van de overheidswerkgever bij werkloosheid

Wat zijn nu de meest opvallende verschillen voor de overheidswerkgever wanneer een ambtenaar werkloos wordt in 2006 in plaats van in 1986? Hoewel het ontslagrecht voor rijksambtenaren de afgelopen twintig jaar niet sterk is gewijzigd en de overheidswerkgever nog altijd bepaalt op welke grond de ambtenaar wordt ontslagen, is de overheidswerkgever niet langer degene die het recht op uitkering vaststelt. Het UWV is immers het bestuursorgaan dat is belast met de uitvoering van de WW. Omdat het recht op een eventuele bovenwettelijke werkloosheidsuitkering is gekoppeld aan een onderliggend recht op een WW-uitkering, bepaalt het besluit van het UWV inzake het recht op WW-uitkering tevens of recht bestaat op een bovenwettelijke aanvulling. Formeel gezien is het echter de overheidswerkgever die het recht op een bovenwettelijke werkloosheidsuitkering toekent.

In 1986 was de overheidswerkgever eigenrisicodragers voor het recht op wachtgeld of ontslaguitkering. Omdat de WW uiteindelijk is ingevoerd zonder een systeem van risicoverevening met de marktsector, draagt de overheidswerkgever in 1986 nog steeds zelf de lasten van de uitkeringen bij werkloosheid. Niet alleen de WW-uitkeringen komen ten laste van de overheidswerkgever, maar ook de bovenwettelijke werkloosheidsuitkeringen.²⁶ Aangezien het UWV bepaalt of recht bestaat op een WW-uitkering (en daarmee indirect of recht bestaat op een bovenwettelijke aanvulling) is de overheidswerkgever dus afhankelijk geworden van het UWV. Indien de overheidswerkgever meent dat het UWV ten onrechte een WW-uitkering heeft toegekend of dat het UWV een fout heeft gemaakt bij de vaststelling van het recht op uitkering, dient de overheidswerkgever gebruik te maken van zijn recht om als derdebelanghebbende in bezwaar en eventueel beroep te gaan tegen de toekenning van de WW-uitkering aan de werkloze ambtenaar. De praktijk sinds 2001 heeft geleerd dat het UWV soms geen of verminderde verwijtbaarheid aanneemt, zodat de ambtenaar wel recht heeft op een uitkering plus eventuele bovenwettelijke aanspraken, terwijl de overheidswerkgever ervan uitging dat de WW-uitkering van de ambtenaar blijvend geheel had moeten worden geweigerd.²⁷

16.6 Afsluiting

Het gelijkheids- of rechtvaardigheidsargument is uiteindelijk het belangrijkste argument geweest om de WW in 2001 voor ambtenaren open te stellen. Het aan-

26 Zie B.B.B. Lanting, 2001, 'Openstelling van de ZW en de WW voor overheidspersoneel', *SMA* 2001, p.25-38.

27 Zie voor een voorbeeld uit de sector Gemeenten, Rb. Roermond 7 januari 2004, «USZ» 2004/134 (m.nt. Lanting).

vankelijk door de SER in 1984 genoemde sociaaleconomische argument neerkomend op vergroting van het draagvlak van het werkloosheidsrisico, lijkt anno 2006 geen rol meer te spelen. Blijkbaar is de positie van de overheidswerkgever nog altijd zo bijzonder dat risicoverevening van het werkloosheidsrisico met de marktsector niet mogelijk of onwenselijk wordt geacht. In vergelijking met 1986 zijn de werkloosheidsaanspraken van de vast aangestelde rijksambtenaar er dankzij het BBUW-Rijk slechts beperkt op achteruit gegaan. Qua duur en hoogte van de uitkering zijn tijdelijke aangestelde rijksambtenaren die in 2006 werkloos worden meestal wat slechter af dan in 1986, zij het dat de WW soms wel recht op een uitkering verschaft, waar geen recht zou hebben bestaan op een ontslaguitkering. De overheidswerkgever moet de werkloosheidsuitkeringen nog wel zelf betalen, maar is voor het bepalen van het recht op een WW-uitkering afhankelijk van het UWV. Voor de individuele ambtenaar heeft de handhaving van het eigenrisicodragerschap tot gevolg dat zijn kans om anno 2006 te worden ontslagen niet sterk is gewijzigd ten opzichte van 1986. Een overheidswerkgever heeft nog altijd een financieel belang bij herplaatsing. Dankzij het overeenstemmingsvereiste hebben de ambtenarencentrales weliswaar zeggenschap gekregen over de bovenwettelijke werkloosheidsaanspraken, maar ten aanzien van wijzigingen in de WW hebben zij niet meer invloed dan vakbonden in de marktsector. Het sectorenmodel heeft ertoe geleid dat het geheel van (wettelijke en bovenwettelijke) werkloosheidsaanspraken niet in alle overheidssectoren hetzelfde is. Wie werkzaam is in de sector Onderwijs en werkloos wordt, is meestal minder goed af dan degene die afkomstig is uit de sector Rijk.

Tot slot merk ik op dat ik inmiddels zelf heb ervaren hoe lastig het voor een docent kan zijn om college te geven in een vak als sociaaleconomisch recht dat voortdurend in beweging is. Regelmatig vragen studenten mij vertwijfeld waarom ze een bepaalde wet nog moeten kennen, terwijl deze op het punt staat te worden gewijzigd of ingetrokken. Ik vertel dan wel eens hoe ik als student mijn eerste college van Noordam over de WW heb ervaren. Mijn studenten reageren dan meestal verrast, wanneer zij zich realiseren dat Noordam blijkbaar ook een persoon van vlees en bloed is. Voor hen is 'Noordam' immers in de eerste plaats een dik handboek dat ze moeten bestuderen. Ik zal mij Frits Noordam herinneren als een plezierige collega, een kritische maar geduldige promotor, die altijd tijd vond om mijn stukken nauwgezet van commentaar te voorzien.

DEEL V

BESTUURSRECHT EN SOCIALE ZEKERHEID

Vernieuwingen in het denken over publiek en privaat

Michiel Scheltema

17.1 Inleiding

Frits Noordam heeft zich regelmatig verdiept in de vraag of de sociale zekerheid een publiekrechtelijke of een privaatrechtelijke voorziening zou moeten zijn. Zijn uitgangspunt is daarbij geweest: ruil geen beproefde publiekrechtelijke voorziening in voor een privaatrechtelijke zolang niet duidelijk is dat daarmee werkelijk winst te behalen is. Niet al het nieuwe is alleen om die reden immers een verbetering.

Een dergelijke voorzichtige houding lijkt op zijn plaats, maar moet vooruitgang ook niet in de weg staan. Zo mag duidelijk zijn dat ik op een ander terrein zijn voorzichtige houding niet heb gedeeld. Dat betrof de totstandkoming van de Algemene wet bestuursrecht. Frits Noordam vond indertijd dat er onvoldoende aanleiding was om de regels van die wet te verkiezen boven de lang vertrouwde regels uit de sociale zekerheid en het belastingrecht. Hij veronderstelde daarom dat de Awb op grond van de ervaringen die daarmee opgedaan zouden worden, allengs meer uitzonderingen voor speciale gebieden zou gaan omvatten: het bestuursrecht is te verscheiden om daar een eenpansmaaltijd voor op te dienen.¹ Bij herlezing van zijn bijdrage denk ik dat hij indertijd te somber is geweest. De aandring om voor de sociale zekerheid en het belastingrecht allengs meer uitzonderingen te gaan maken is tot nu toe niet erg krachtig geweest. Eerder is het tegendeel het geval: het socialezekerheidsrecht, het belastingrecht en het algemeen deel van het bestuursrecht zijn sterker naar elkaar toe gegroeid.

Bij de keuze tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke arrangementen deel ik zeker het uitgangspunt van Frits: weet wel dat de verandering meer voordelen dan nadelen oplevert voordat eraan wordt begonnen. Want terugdraaien wanneer

¹ F.M.Noordam, 'We gaan iets nieuws doen', in M. Herweijer, K.F.Schuiling en H.B.Winter, *In wederkerigheid: opstellen voor prof. mr. M. Scheltema*, Deventer: Kluwer 1997, p. 47 ev.

de beslissing verkeerd is geweest, is meestal niet mogelijk.

Daarom is een kritische houding tegenover een ingrijpende privatisering nodig. Temeer omdat de discussie vaak te weinig op basis van argumenten wordt gevoerd. Opvattingen over de rol van de overheid en de effectiviteit van de uitvoering spelen daarbij een grote rol, en lang niet altijd berusten die opvattingen op een overtuigende (empirische) basis. Tegelijkertijd gaan achter die opvattingen vaak grote belangen schuil, die de behoefte aan goede onderbouwing in feite in de weg zitten.

Daardoor wordt te weinig gelet op de werkelijk voor- en nadelen van publieke en private vormgeving van de sociale zekerheid. Dat werkt een zeker conservatisme in de hand. In beide domeinen is men zo overtuigd van de kracht van de eigen benadering, dat er weinig oog bestaat voor mogelijke verbeteringen, bijvoorbeeld ontleend aan goede ervaringen uit het andere domein.

Men moet het publieke model kiezen, inclusief alle daaraan verbonden consequenties, of het private, eveneens in zuivere vorm. Dat heeft tot gevolg dat men in het ene model soms met een grote vanzelfsprekendheid gevolgen aanvaardt, die in het andere onbespreekbaar zijn.

Hierdoor wordt het welhaast onmogelijk om de voordelen van beide modellen te combineren. Daar komt nog bij dat de voorstanders van ieder van beide modellen vaak weinig kennis hebben van het andere model, zodat de argumentatie van beide kanten sterke ideologische trekken vertoont.

Vernieuwingen in het denken

Gelukkig lijkt er de laatste tijd meer aandacht te komen voor een andere benadering. Dat komt mede doordat de ervaring heeft geleerd dat niet iedere privatisering de voordelen heeft gebracht die ervan werden verwacht. Bovendien bleken soms onverwachte nadelen doordat de politiek uit handen had gegeven wat men nog wenste te behouden. Sommige privatiseringen waren wel een succes, andere niet.

Dat vergt een beter zicht op de werkelijke argumenten. En roept ook nieuwe vragen op. Kunnen de voordelen die van privatisering worden verwacht, niet ook in het publieke stelsel gerealiseerd worden? En kunnen de nadelen van privatisering niet worden opgevangen wanneer men het private arrangement beter vorm had gegeven?

Het zou daarom goed zijn ook na te gaan welke vernieuwingen in beide domeinen mogelijk zijn om beter tegemoet te komen aan de wensen die de samenleving op het punt van sociale zekerheid heeft. Dat vergt wel een open houding ten opzichte van veranderingen, en ook ten opzichte van de sterke kanten die de arrangementen in het andere domein bezitten. Het leren van de eigen en elkaars ervaringen biedt nieuwe mogelijkheden.

In deze bijdrage ga ik in op enkele nieuwe ontwikkelingen die in dit licht relevant zijn. Zowel in het publiekrecht als in het privaatrecht is te zien dat ernst wordt gemaakt met het tegemoet komen aan bezwaren die een te eenzijdige

nadruk op het eigen, traditionele model met zich meebrengen.

17.2 Veranderingen in de publieke sector

Een verlamdend verschijnsel in de publieke sector is de grote gehechtheid aan de traditionele staatsrechtelijke vormgeving. De gedachte dat de vertaling van de wensen van de samenleving in het publieke domein via het mechanisme van de ministeriële verantwoordelijkheid gestalte moet krijgen, staat vernieuwingen in de weg. Het dwingt tot een hiërarchische opbouw van het overheidsapparaat, omdat de minister altijd de baas moet zijn. Anders komt de ministeriële verantwoordelijkheid niet tot haar recht.

Daardoor gaat het zicht verloren op de nadelen van een dergelijke opbouw van het apparaat, en zijn verbeteringen in het model nauwelijks bespreekbaar. Daardoor kan ook niet geleerd worden van de ervaringen die in de private sector met andere vormen van leiding geven zijn opgedaan.

De officiële discussie over de ministeriële verantwoordelijkheid boekt weinig voortgang. De onduidelijkheid die steeds weer ontstaat rondom zelfstandige bestuursorganen en de parlementaire geschiedenis van de Kaderwet zbo's geven aan dat de publieke sector moeilijk afstand kan doen van de gedachte dat de minister alles binnen die sector tot in de details aan moet kunnen sturen. De gedachte dat daartegen ook ernstige staatsrechtelijke bezwaren zijn aan te voeren, en dat het veelal effectiever is om op hoofdlijnen te sturen, zoals in private organisaties vaak wordt gedaan, wordt onvoldoende serieus genomen.

Tegelijkertijd groeit in de praktijk het bewustzijn dat ministeriële verantwoordelijkheid voor details in de uitvoering, en met name voor beslissingen over individuele personen, ongewenst is. Omdat de politiek geen tijd heeft en ook niet toegerust is op het overzien van alle details van concrete beslissingen, is besluitvorming in het parlement over individuele gevallen in strijd met het gelijkheidsbeginsel. Immers: het is onmogelijk voor minister en parlement om alle vergelijkbare gevallen in de oordeelsvorming te betrekken, zodat incidentele besluitvorming daarover ten opzichte van vergelijkbare gevallen die buiten beschouwing blijven, altijd neerkomt op ongelijke behandeling.²

De recente discussie over de nationaliteit van Ayaan Hirsi Ali is daar een voor-

2 Indertijd heb ik als staatssecretaris mij eens verzet tegen de wens vanuit de Kamer – niet officieel verwoord – om in een individueel geval een persoonlijk gesprek met betrokkenen over hun positie te voeren. Ik heb dat geweigerd met als argument dat ik dat een vorm van ongelijke behandeling vond, omdat ik nu eenmaal niet iedereen in dezelfde omstandigheden persoonlijk te woord kon staan. De druk vanuit de Kamer, via fractieleiders, werd echter zo groot, dat ik heb besloten het gesprek wel te voeren. Mijn afwijzende beslissing is echter in stand gebleven. (Het betrof overigens geen geval op het terrein van vreemdelingenrecht.)

beeld van. Juist doordat dit ene geval zo centraal heeft gestaan, is niet duidelijk geworden welke consequenties de genomen beslissing voor andere, vergelijkbare gevallen heeft. Eerdere ervaringen in het belastingrecht hebben ook het parlement tot de conclusie gebracht dat parlement en minister zich niet met individuele beslissingen moeten bemoeien, juist vanwege de daaraan inherente strijd met het gelijkheidsbeginsel.

Het tegenstrijdige in de officiële publiekrechtelijke benadering is daardoor dat men zich in de praktijk vaak neerlegt bij het feit dat concrete beslissingen – waaronder beslissingen die belangrijke maatschappelijke gevolgen hebben – buiten de ministeriële verantwoordelijkheid worden geplaatst. Men denke aan de besluitvorming door de publieke toezichtsorganen op de markt. Die zijn ook bij privatisering van de sociale zekerheid voor dat veld van betekenis. Bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), de OPTA en andere toezichthouders op de marktpartijen wordt het afstand doen van de ministeriële verantwoordelijkheid geaccepteerd, hoewel het maatschappelijk gewicht van individuele besluiten hier veel groter is dan bij individuele uitvoeringsbesluiten.

17.3 Andere instrumenten dan de ministeriële verantwoordelijkheid

Wanneer de minister niet meer de baas is van de uitvoeringsorganisatie, moet er op andere wijze voor gezorgd worden dat die organisatie handelt in overeenstemming met de wensen van de samenleving.

Het is interessant dat daarvoor een vormgeving ontwikkeld is, die duidelijk perspectief biedt. In de sector van de sociale zekerheid is de Sociale Verzekeringsbank (SVB) daarvan een goede representant. De bank is een zelfstandig bestuursorgaan, dat door de minister op hoofdlijnen kan worden aangestuurd. De Bank heeft zich aangesloten bij de zbo's die het Handvest Publieke Verantwoording hebben opgesteld. De bedoeling daarvan is dat de deelnemende organisaties 'zich niet willen beperken tot het afleggen van verantwoording die nodig is voor het uitoefenen van de ministeriële verantwoordelijkheid, maar zich ook publiek willen verantwoorden voor hun handelen en voor de kwaliteit van de dienstverlening'.³ Deze doelstelling is intrigerend omdat daarin een tegenstelling wordt gemaakt tussen de ministeriële verantwoordelijkheid en het publiek verantwoorden. Kennelijk vinden de aangesloten organisaties dat hier een tegenstelling ligt: naast de verantwoording aan de minister en het parlement bestaat er ook nog een publieke verantwoording.

Inderdaad moet men constateren dat de verantwoording via de ministeriële ver-

3 Zie *Verslag van de visitatie van de SVB* door het Visitatiecollege van de Handvestgroep Publiek Verantwoorden, te raadplegen op www.publiekverantwoorden.nl.

antwoordelijkheid in de praktijk een beperkte is. De mate van transparantie die de Handvest-organisaties nastreven gaat aanzienlijk verder dan het inzicht dat de politiek of de samenleving doorgaans via de ministeriële verantwoordelijkheid verwerft. In die zin kan men een tegenstelling zien.

Tegelijkertijd kan men de doelstelling van de Handvest-organisaties juist ook ten goede laten komen aan het goed functioneren van de ministeriële verantwoordelijkheid. Immers, de informatie die deze organisaties door het ingerichte proces van publieke verantwoording geven, kan heel goed gebruikt worden om de ministeriële verantwoordelijkheid beter inhoud te geven.

De verantwoording door de SVB

De organisaties die bij het Handvest zijn aangesloten, onderwerpen zich aan een visitatie door een onafhankelijk visitatiecollege. Men kan die benadering zien in het verlengde van het kwaliteitsdenken, zoals dat in de private sector tot ontwikkeling is gekomen.

Het resultaat van de visitatie van de SVB is in december 2005 in een verslag vastgelegd.⁴

Wanneer men het verslag leest, komt men onder de indruk van de intensiteit van de visitatie. De doelmatigheid van de uitvoering, de wijze waarop men zich richt op de wensen van de burger, de gevoeligheid die de organisatie ontwikkelt om de relatie met de minister optimaal te maken en om in te spelen op de resultaten van de politieke besluitvorming komen daarin aan de orde. Het visitatiecollege is enerzijds behoorlijk tevreden over het functioneren van de SVB, maar kraakt anderzijds toch een aantal kritische noten, en geeft daarbij aan op welke manier verbeteringen mogelijk zijn. Dit past in de opzet van de Handvest-groep: het gebruiken van het verantwoordingsproces voor het verbeteren van de prestaties.

Wanneer men deze vorm van verantwoorden vergelijkt met hetgeen gewoonlijk gebeurt bij een organisatie die onder de ministeriële verantwoordelijkheid valt, dan springen de verschillen in het oog. Voor geen enkele organisatie die geheel onder de ministeriële verantwoordelijkheid valt bestaat een vergelijkbare indringende en omvattende beoordeling. Het komt ook bijna niet voor dat een dienst waarvan geen grote problemen bekend zijn, überhaupt voorwerp van onderzoek is. Terwijl het ook in die gevallen voor de hand ligt dat niet alles perfect gaat, zodat verbeteringen mogelijk zijn.

Bovendien, indien de ministeriële verantwoordelijkheid wel wordt gemobiliseerd, en een dienst voorwerp van onderzoek wordt, is het onderzoek meer gericht op het aanwijzen van schuldigen voor het mogelijk disfunctioneren, dan op het nagaan hoe het in de toekomst beter kan. Daardoor is de ministeriële verantwoordelijkheid veel minder functioneel voor het op gang brengen van leerprocessen in de organisatie.

⁴ Zie noot 3.

17.4 Andere benadering ministeriële verantwoordelijkheid

Men zou de verhouding met de ministeriële verantwoordelijkheid ook anders kunnen benaderen. In wezen vergt een goede werking van de ministeriële verantwoordelijkheid dat de minister en het parlement voldoende op de hoogte zijn van hetgeen er bij een organisatie gebeurt. Dat is bijna nooit het geval. Men weet niet hoe de organisatie presteert, en weet ook niet of zij het beter doet dan vergelijkbare diensten. Dergelijke informatie komt in het visitatieproces van de Handvest-organisaties op systematische wijze ter beschikking.

In de normale gevallen zal op die wijze een leerproces op gang komen, en zal de organisatie streven naar het aanbrengen van de noodzakelijke veranderingen. Maar wanneer dat niet gebeurt, bijvoorbeeld omdat de leiding daartoe niet in staat is, of een andere visie heeft op wenselijke ontwikkeling in de toekomst dan de visitatiecommissie, dan bestaat er behoefte aan een sluitstuk in het verantwoordingsproces. Daarvoor is de ministeriële verantwoordelijkheid onontbeerlijk: wanneer de leiding niet op haar taak berekend is, moet de minister die kunnen vervangen, en wanneer er onzekerheid is over de beste koers voor de toekomst, moet de politiek daarover een beslissing nemen.

Daarom is een verantwoordingsproces, zoals dat bij de SVB vorm heeft gekregen, een grote stap voorwaarts. Het lijkt aannemelijk dat de Bank aanzienlijk beter is ingericht om tegemoet te komen aan de wensen van de samenleving dan wanneer zij onder directe politieke aansturing zou staan.

Het wordt daarmee ook veel minder zeker dat uitvoering in een private setting tot een beter resultaat zou leiden. De onzekerheid over de invloed van marktwerking, en de wellicht beperktere mogelijkheid van leerprocessen in een enigszins ondoorzichtige markt hebben tot gevolg dat men daarvan niet zonder meer mag uitgaan.

De Uitvoeringsorganisatie Werknemersverzekeringen (UWV) heeft zich nog niet aan een visitatie zoals geschied bij de SVB onderworpen. De vele veranderingen die zich op het terrein van de UWV hebben voorgedaan, maakten dat wellicht niet goed mogelijk. Maar voor de toekomst lijkt het essentieel dat de verantwoording door dat instituut eenzelfde karakter krijgt als bij de SVB het geval is.

Wel valt het op dat de belangstelling van de kant van de ministers en de politiek voor de manier waarop het verantwoordingsproces bij de Handvest-organisaties is ingericht, gering is. Meer specifiek kwam bij de visitatie van de SVB naar voren, dat het departement zich weinig bewust leek te zijn van de mogelijkheden die de nieuwe benadering biedt.⁵

5 Zie het visitatierapport.

17.5 Private organisaties

Wanneer men uitgaat van de gedachte dat de markt vanzelf zijn werk doet, zal een private uitvoering van de sociale zekerheid vanzelf in overeenstemming zijn met hetgeen de samenleving wenst. Door de concurrentie zullen alleen de organisaties die het meest doelmatig werken en die het beste aan de wensen van de klanten tegemoetkomen, kunnen overleven.

Inmiddels is wel bekend dat het in de praktijk geheel anders kan uitpakken. Private organisaties kunnen er ook voor kiezen de marktwerking zo veel mogelijk te vermijden door concentraties te vormen of zich op een andere manier van een machtspositie te voorzien. Een prangende vraag is dan of de overheid een zodanig markttoezicht kan organiseren dat het resultaat als geheel bevredigend is, en dat de kosten van de private uitvoering – inclusief die van het toezicht – minder zijn dan bij publieke uitvoering.

Ook in ander opzicht is het interessant te zien dat in de private sector de gedachte dat marktwerking vanzelf tot de maatschappelijk meest wenselijke resultaten leidt, wordt genuanceerd. Het inzicht dat de informatie vaak onvoldoende is voor de burger die zijn keus uit verschillende aanbieders moet maken, heeft ertoe geleid op dat punt aanvullende voorzieningen te bevorderen. Dat leidt ertoe de kwaliteit van de prestaties inzichtelijk te maken door verslaglegging of door zaken als benchmarking en kwaliteitsbeoordeling. In de gezondheidszorg, en ook in het onderwijs, komen er duidelijk initiatieven van de grond. Dit leidt tot vormen van beoordeling en verantwoording, die gelijkenis vertonen met hetgeen de Handvest-organisaties in de publieke sector doen.

Meer in het algemeen zijn initiatieven in de private sector, die onder de noemer ‘maatschappelijk verantwoord ondernemen’ ontwikkeld worden, een uiting van de erkenning dat marktwerking alleen voor het dienen van de samenleving niet automatisch de goede uitkomsten oplevert.

Door deze ontwikkelingen kan men zich afvragen of de manier waarop publieke en private organisaties worden aangestuurd, niet een zekere convergentie vertoont. Aansturing enerzijds door de politiek – ministers en parlement – en anderzijds door de markt – de consument – is een te eenvoudige tegenstelling. Voor beide vormen van aansturing geldt dat er voldoende informatie beschikbaar moet zijn. Voor een deel is het ook vergelijkbare informatie die nodig is. Gegevens over de kwaliteit van het gebodene en de snelheid waarmee op aanvragen van burgers of consumenten wordt gereageerd, moeten voor beide vormen van aansturing beschikbaar zijn.

Publieke verantwoording, zoals voorgestaan door de Handvest-organisaties in het publieke domein, en vormen van private verantwoording kunnen daardoor meer gemeen hebben dan tot nu toe werd aangenomen. Die gedachte wordt versterkt door het feit dat bij private organisaties het accent niet alleen ligt op informatie die voor de markt van belang is, zoals de kwaliteit van de zorg en de lengte van

de wachtlijsten, maar ook op verantwoording jegens belanghebbenden in het algemeen, jegens ‘stakeholders’ dus. Soms impliceert dit verantwoording jegens de samenleving als geheel, wanneer men op enigerlei wijze naar buiten brengt hoe de private organisatie omgaat met publieke belangen als de bescherming van het milieu, gelijke behandeling of het tegengaan van kinderarbeid. Overigens is die informatie soms in verschillende richtingen relevant: zij kan het gedrag van de consument op de markt bepalen, en tevens dat van de burger als kiezer of als deelnemer aan het publieke debat.

Rechtsbescherming jegens publieke en private organisaties

Rechtsbescherming jegens de overheid vormt een kern van het bestuursrecht. Het gaat er dan om machtsmisbruik van de sterke overheid jegens de burger te voorkomen.

Hoewel het privaatrecht in beginsel van de gelijkheid van partijen uitgaat, zijn onderdelen toch uitgegroeid met dezelfde doelstelling: het beschermen van het individu jegens een machtige organisatie. Het consumentenrecht is daar een duidelijke illustratie van.

Het is eigenlijk verwonderlijk dat beide rechtsgebieden op deze punten zo weinig voeling met elkaar hebben gehouden. Op beide terreinen zijn soortgelijke voorzieningen tot ontwikkeling gekomen, zoals klachtprocedures, laagdrempelige geschilbeslechtsprocedures buiten de rechter om, en de mogelijkheid van collectieve acties voor de rechter.

Wetenschappelijk is het van belang vergelijkbare voorzieningen met elkaar te vergelijken, zodat ook op basis van empirisch onderzoek nagegaan kan worden of bijvoorbeeld de geschillencommissies voor consumentenzaken dan wel de bezwaarschriftcommissies uit het bestuursrecht beter functioneren. Maatschappelijk is het ook de vraag of bijvoorbeeld de klachtbehandeling binnen een publieke en een private organisatie op een verschillende leest moet zijn geschoeid, temeer daar beide wel worden gepresenteerd onder de naam van ombudsvoorziening. De burger mag dan een soortgelijke benadering verwachten.

Hier ligt een terrein waar nog meer werk over de grenzen van de rechtsgebieden gedaan zou kunnen worden.

17.6 Toekomstbestendigheid van de sociale zekerheid

Een van de lastigste problemen bij de keuze tussen het publieke en het private domein lijkt mij de vraag op welke wijze veranderingen in de toekomst opgevangen kunnen worden. Wanneer de wensen of de omstandigheden in de samenleving veranderen, kan het stelsel van sociale zekerheid daar dan goed op inspelen? En maakt het daarbij verschil of de vormgeving vooral publiek of privaat is? Het zou goed zijn deze vraag nader te onderzoeken voor enkele veranderingen van de laatste tijd.

Een voorbeeld van een waarschijnlijk noodzakelijke verandering betreft de leef-

tijd waarop mensen met pensioen gaan. Wanneer het wenselijk is die leeftijd te verhogen, is het voor de overheid relatief eenvoudig de AOW daarop af te stemmen. Maar wijzigingen in individuele private pensioenregelingen zijn nauwelijks op een collectieve manier te verwezenlijken. Voor collectieve pensioenregelingen, die bijna alle een privaat karakter hebben, ligt het in ieder geval ook moeilijker dan bij de AOW.

Verhoging van de pensioenleeftijd zal ook gevolgen hebben voor de uitkeringen bij werkloosheid en arbeidsongeschiktheid. Waarschijnlijk zullen die dan tot een hogere leeftijd moeten doorlopen. Het maakt dan groot verschil of die uitkeringen een publiek of een privaat karakter hebben: publiekrechtelijke regelingen zijn eenvoudiger aan te passen dan privaatrechtelijke contracten.

Dit voorbeeld laat ook zien dat er grote verschuivingen kunnen optreden tussen de verschillende geldstromen. Wanneer de kosten van de ene voorziening afnemen, maar die van een andere stijgen, zal het eenvoudiger zijn deze onderling met elkaar in verband te brengen wanneer het in beide gevallen om publieke voorzieningen gaat. Zo lijkt het onwaarschijnlijk dat private verzekeraars van arbeidsongeschiktheid de uitkering langer zullen laten doorlopen wanneer de pensioenleeftijd hoger wordt. Binnen de publieke uitkeringen zou in een dergelijk geval een verschuiving van AOW-gelden naar WAO-gelden eenvoudiger te verwezenlijken zijn.

Een soortgelijke problematiek heeft ook bestaan bij de wijzigingen in de WAO. Het grotere accent op re-integratie en de herkeuringen die hebben plaatsgevonden zijn binnen het publieke bestel gerealiseerd. Zou dit ook mogelijk zijn geweest wanneer de WAO in sterkere mate een privaatrechtelijke vormgeving had gekend? Voor individuele, private arbeidsongeschiktheidsverzekeringen zou een dergelijke wijziging de verhouding tussen de betaalde premies en toegekende uitkeringen veranderd hebben. Een dergelijk ingrijpen in bestaande contracten zou tot onaanvaardbare vermogensverschuivingen ten gunste van private verzekeraars hebben geleid. Voor een deel is dat ook daadwerkelijk het geval geweest doordat privaatrechtelijke arbeidsongeschiktheidsverzekeringen zich vaak aansluiten bij het resultaat van de publiekrechtelijke keuringen. Nu deze strenger zijn geworden, behoeven verzekeraars minder uit te keren. Volgens recente publicaties in de pers heeft dit een voordeel van meer dan honderd miljoen voor hen opgeleverd.

Deze voorbeelden laten zien dat maatschappelijk gewenste wijzigingen in het stelsel in die gevallen beter en rechtvaardiger gerealiseerd kunnen worden in een publiek stelsel dan in een privaat. Daarmee is overigens niet zeker dat dit altijd het geval is. Soms kunnen veranderingen die op gewijzigde voorkeuren van burgers berusten in een privaat stelsel geleidelijk tot stand worden gebracht, terwijl daarvoor bij een publieke vormgeving geen ruimte is.

Wel lijkt mij duidelijk dat de vaak gehoorde stelling, dat men door het stellen van randvoorwaarden in de wet het publieke belang in een privaatrechtelijk stelsel

voldoende kan verankeren, niet juist is. De stelling is wel juist voor die publieke belangen die men kent, maar niet voor die belangen die zich in de toekomst manifesteren maar nu nog niet bekend zijn. Het verhogen van de pensioenleeftijd was tien jaar geleden nog geen serieus punt van beleid, en zou in die tijd bij het vastleggen van het publieke belang in de wetgeving niet aan de orde zijn geweest.

17.7 **Besluit**

De discussie tussen het publiekrechtelijk dan wel privaatrechtelijk vormgeven van de sociale zekerheid is vaak te weinig op basis van goede argumenten gevoerd. Daarom had Frits Noordam gelijk wanneer hij zich verzette tegen te snelle stappen in de richting van privatisering.

Tegen deze achtergrond is het goed te zien dat zowel binnen de publieke sector als binnen de private vernieuwingen op gang zijn gekomen die van belang zijn voor een weloverwogen keuze. Zij laten zien dat de nadelen van een bepaalde vormgeving soms ook binnen de eigen sector opgevangen kunnen worden, zodat een rigoureuze stelselveranderingen niet de enige oplossing is.

Het meest interessant is wellicht dat de verschillen tussen publieke en private vormgeving iets van hun scherpe kanten verliezen. Bij publieke vormgeving is duidelijk dat de klassieke aansturing via de ministeriële verantwoordelijkheid onvoldoende is om goede resultaten te bereiken, zodat aanvullende sturings- en verantwoordingsmechanismen nodig zijn. In een privaatrechtelijke vormgeving is het onvoldoende om te vertrouwen op marktwerking alleen. Ook hier zijn aanvullende instrumenten noodzakelijk. In beide gevallen kan inspiratie worden gehaald uit de andere sector, en in beide gevallen lijken ook enigszins parallelle vernieuwingen op gang te komen.

Het is daarom beter wanneer publieke en private organisaties leren van elkaars sterke kanten dan dat alleen maar in termen van tegenstellingen wordt gedacht. Er bestaat dan meer openheid naar vernieuwingen, die ook op dit terrein in de toekomst zeker nodig zullen blijken.

Is de burger beter af onder het socialezekerheidsrecht van 2006 dan onder dat van 1993?

Leo Damen

18.1 Socialezekerheidsrecht is bestuursrecht

In de verhouding tussen het algemeen deel van het bestuursrecht en het socialezekerheidsrecht zijn tijdens de wetenschappelijke carrière van Frits Noordam globaal genomen twee perioden te onderscheiden: de periode van 1974 tot de invoering in 1994 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en de periode daarna. Tot 1994 was het socialezekerheidsrecht natuurlijk al ‘gewoon’ bestuursrecht. In de bestuursrechtelijke literatuur bestond altijd al veel aandacht voor de ontwikkelingen binnen het socialezekerheidsrecht¹, in het bijzonder voor de – vaak baanbrekende – jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep over de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.²

Het socialezekerheidsrecht was echter tot 1994 nog weinig geharmoniseerd in zichzelf, al was er al wel een – beperkte – Coördinatiewet Sociale Verzekering. Met het algemeen deel van het bestuursrecht en met de andere bijzondere delen van het bestuursrecht, zoals het belastingrecht, was er al helemaal weinig geharmoniseerd.

Wel was het besef gegroeid dat het socialezekerheidsrecht niet een soort afgeleid arbeidsrecht is, maar juist een van de belangrijkste bijzondere delen van het bestuursrecht vormt, naast het ruimtelijke ordeningsrecht, het milieurecht, het belastingrecht en het vreemdelingenrecht.

1 Zie bijvoorbeeld de opeenvolgende rapporten *Algemene bepalingen van administratief recht* (ABAR); laatste, vijfde geheel herziene druk, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink bv 1984.

2 Zie W. Duk, ‘Pionierende rechtspraak’, in: R.M. van Male e.a. (red.), *Centrale Raad van Beroep 1903-2003*, Den Haag: Sdu 2003, p. 137-153; R.M. van Male, ‘Terugblik op een eeuw rechtsvorming door de Centrale Raad van Beroep’, in: *idem*, p. 261-290.

18.2 De invoering van de Algemene wet bestuursrecht

Dat de invoering van de Awb een belangrijke nieuwe ontwikkeling is, beseft ook Frits Noordam als hij zich zet aan het schrijven van een boek over de verhouding tussen de Awb en het socialezekerheidsrecht dat in 1995 verschijnt: *De Algemene wet bestuursrecht en het sociale-zekerheidsrecht*.³

In het voorwoord schrijft hij: ‘Het staat buiten kijf dat het sociale-zekerheidsrecht wat type recht betreft tot het bestuursrecht behoort. Het is daarom opvallend dat er – ten onrechte – lang een zekere afstand heeft bestaan tussen het sociale-zekerheidsrecht en het bestuursrecht. Het sociale-zekerheidsrecht placht men veelal vanuit het sociaal recht (arbeidsrecht) te benaderen, daarbij te weinig aandacht bestedend aan het bestuursrechtelijke karakter van het sociale-zekerheidsrecht. De komst van de Awb bevestigt nog eens dat het sociale-zekerheidsrecht wel degelijk tot de bestuursrechtelijke familie behoort.’

Hij geeft vervolgens aan dat de betekenis van de Awb voor het socialezekerheidsrecht groot is, maar dat er toch nog wel flink wat afwijkingen blijven bestaan. Met hem typerende humor schrijft hij: ‘Het behoren tot dezelfde familie betekent kennelijk niet dat alle familieleden ook altijd uniform gekleed zijn.’

Nu was dat laatste – meteen allemaal hetzelfde uniform aan – ook niet een harde doelstelling van het Awb-project. De slimme strategie van de ‘founding fathers’ van de Awb onder leiding van Michiel Scheltema was om eerst alle bijzondere delen van het bestuursrecht binnen de Awb-wetsfamilie te halen, desnoods met allerlei afwijkingen en bijzonderheden, in de veronderstelling dat daarna die bijzondere delen geleidelijk wel meer met de Awb geharmoniseerd zouden worden. Men zou na invoering van de Awb immers geen goed antwoord weten op de vraag: waarom is dat bij jullie nou eigenlijk nog afwijkend geregeld?

Zo is ook het belastingrecht de Awb-wetsfamilie binnengehengeld. In de jaren tachtig moest het nog aan veel beoefenaren van het belastingrecht worden voorgehouden, anno 2006 nog slechts aan een enkele van hen: ‘It is administrative law, you stupid!’. Na 1994 begon de staatssecretaris van Financiën al snel via instructies en richtlijnen aan de Belastingdienst allerlei in interdepartementale gevechten bereikte afwijkingen van de Awb ‘weg te harmoniseren’. Er moet volgens het Voorschrift Awb 1997 zoveel mogelijk Awb-conform worden gewerkt. In 2006 besprekt de Tweede Kamer een wetsvoorstel om onder andere de wettelijke fiscale beslistermijnen aanzienlijk te verkorten, een mooie verbetering. Dan moet de staatssecretaris uitleggen waarom de regering deze termijnen niet volledig wil harmoniseren met de Awb-termijnen.⁴

Zo is aanvankelijk – ter apaisering van de VROM-wetsfamilie – voor de instandhouding van de inspraak in het milieurecht, tot 1 maart 1993 geregeld in de Wet

3 F.M. Noordam, *De Algemene wet bestuursrecht en het sociale-zekerheidsrecht*, Monografie Algemene wet bestuursrecht B4, Deventer: Kluwer 1995.

4 TK 2005-2006, 30 322, nr. 7, 8.

algemene bepalingen milieuhygiëne en tot 1 januari 1994 in de Wet milieubeheer, gekozen voor de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure in Afdeling 3.5 (oud) van de Awb. Inmiddels is die op 1 juli 2005 met de invoering van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure in Afdeling 3.4 echter weer ‘weggeharmoniseerd’.

Eerst een bijzondere wetsfamilie in de Awb-wetsfamilie binnenhalen, en dan de afwijkingen geleidelijk wegharmoniseren: het is – ondanks de scepsis van Frits Noordam⁵ – gebleken een slimme en geslaagde strategie te zijn.

18.3 De harmonisatie van het socialezekerheidsrecht

Het socialezekerheidsrecht is met de invoering van de Awb ingrijpend gewijzigd en geharmoniseerd. Ik citeer het overzicht van Noordam uit 1995:

- de afschaffing van het systeem van de voor beroep vatbare beslissing in de sociale verzekeringen;
- de algemene invoering van vaste beslistermijnen;
- de algemene invoering van de fictieve weigering (waardoor de ‘leemte in de Beroepswet’ verdween);⁶
- de introductie van de bezwaarschriftprocedure in de sociale verzekeringen;
- het toedelen van de beslechting van geschillen op grond van de Algemene Bijstandswet aan de rechtbanken;
- de invoering van de voorlopige voorzieningsprocedure;
- de invoering van hoger beroep in medische geschillen op grond van de Ziektewet.⁷

Er zijn in 1994 echter ook nog belangrijke afwijkingen gebleven:

- in medische geschillen is de bezwaarschriftprocedure in het algemeen nog niet ingevoerd;
- de werkgever wordt als derde-belanghebbende buiten de deur gehouden;
- er wordt afgeweken van de Awb-regeling voor het bekendmaken van beschikkingen;
- in bezwaar is in het algemeen sprake van horen op verzoek en geldt een langere beslistermijn dan die van de Awb;
- in de Ziekenfondswet (ZFW) en de Algemene wet bijzondere ziektekosten (AWBZ) komt een bijzondere voorprocedure voor;

5 F.M. Noordam, ‘We gaan iets nieuws doen’, in: M. Herweijer e.a. (red.), *In wederkerigheid* (Scheltema-bundel), Deventer: Kluwer 1997, p. 47-56.

6 Zie hierover F.M. Noordam, *De Algemene wet bestuursrecht en het sociale-zekerheidsrecht*, a.w., p. 28-30.

7 F.M. Noordam, *De Algemene wet bestuursrecht en het sociale-zekerheidsrecht*, a.w., p. 115.

- de Algemene Bijstandswet (Abw) kent een aparte voorlopige voorzieningsprocedure.

Sommige afwijkingen zijn volgens Noordam zinvol, maar dat geldt volgens hem niet voor het niet invoeren van de medische bezwaarschriftprocedure, voor de bijzondere voorprocedure in de ZFW en de AWBZ en voor de aparte voorlopige voorzieningsprocedure in de Abw. Volgens hem ‘wordt met de opheffing van deze uitzonderingen het proces van integratie van het sociale-zekerheidsrecht in het bestuursrecht verder voltooid, wat de relatief zwakke positie van de Abw-burger tegenover de uitvoeringsorganen van de sociale zekerheid zeker ten goede zal komen’.

18.4 Is de burger in 2006 beter af dan in 1993?

Nu is inmiddels een aantal van deze afwijkingen ‘weggeharmoniseerd’. Is deze harmonisatie de positie van de burger tegenover de uitvoeringsorganen van de sociale zekerheid ten goede gekomen, zoals Frits Noordam verwachtte? Anders geformuleerd: is de burger – na alle interne en externe harmonisatie – beter af onder het socialezekerheidsrecht van 2006 dan onder dat van 1993?

Die vraag is moeilijk te beantwoorden wegens een aantal voor de hand liggende methodologische problemen. Het belangrijkste probleem is dat er in 1993 geen nulmeting is gedaan: we weten dus niet hoe gelukkig de burger op 31 december 1993 was, althans – gezien de stand van het recht en de praktijk – mocht zijn. Verder is de Abw wel in 1994 ingevoerd, maar zij is daarna ook nog vaak gewijzigd. Verder is er een onafzienbare stroom van wijzigingen in het socialezekerheidsrecht zelf geweest, harmoniserend maar ook ‘desharmoniserend’. Ten slotte is er een onmiskenbare invloed op vóóral de jurisprudentie geweest van de ‘Van Kemenadeianen’, als pars pro toto van klagende bestuurders en Kamerleden, hoe ongefundeerd en onterecht veel van hun kritiek ook is geweest. Vooral de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak, maar – in het kader van de onderlinge afstemming en harmonisatie – ook die van de Centrale Raad van Beroep, is door die kritiek onmiskenbaar beïnvloed, vaak niet ten faveure van de burger.

18.5 Verwachtingen over harmonisatie

Welke verwachtingen bestonden in 1994 over de invloed van de invoering van de Abw op de ontwikkeling van de bijzondere delen, in het bijzonder het socialezekerheidsrecht?

De Abw kent vier officiële doelstellingen:

1. het bevorderen van eenheid binnen de bestuursrechtelijke wetgeving;

2. het systematiseren, en waar mogelijk, vereenvoudigen van de bestuursrechtelijke wetgeving;
3. het codificeren van ontwikkelingen, die zich in de bestuursrechtelijke jurisprudentie hebben afgetekend;
4. het treffen van voorzieningen ten aanzien van onderwerpen die zich naar hun aard niet voor regeling in een bijzondere wet lenen.⁸

Inmiddels is door sommigen – zoals de maître van de ‘cuisine Scheltemaise’⁹ – wat meer afstand genomen van deze doelstellingen,¹⁰ maar ik beschouw deze doelstellingen nog steeds als richtinggevend.

Voor de harmonisatie was en is van groot belang. De boodschap aan de wetgevingsafdelingen van de departementen en van andere bestuursorganen is eigenlijk heel simpel: ga nou niet steeds nodeloos van de Awb afwijken, harmoniseer, systematiseer en vereenvoudig zoveel mogelijk, en bedenk steeds dat je deel uitmaakt van een groter geheel, van de Awb-wetsfamilie.

18.6 Te weinig en te veel harmonisatie: horen op verzoek en de antwoordkaart

Wanneer in een bijzondere wetsfamilie, zoals die van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW), niet of onvoldoende met de Awb wordt geharmoniseerd, kan dat leiden tot allerlei praktijkproblemen.

Zo was in art. 18a van de – op 1 januari 2006 vervallen – Coördinatiewet Sociale Verzekering (CSV) bepaald dat ‘in afwijking van artikel 7:2’ Awb de belanghebbende in een bezwaarschriftprocedure ‘ten aanzien van een besluit ingevolge deze wet’ wordt ‘gehoord op zijn verzoek’.¹¹ Deze uitzondering op art. 7:2 Awb gold weer niet voor besluiten ingevolge art. 12, tweede en derde lid, CSV die – kort gezegd – gingen over boetes: daarbij moest ook zonder verzoek worden gehoord. Wanneer is nu sprake van ‘op zijn verzoek’?

Eind 2005 oordeelt de Centrale Raad van Beroep over een zaak waarin betrokkene in zijn bezwaarschrift had aangegeven ‘een en ander persoonlijk te willen toelichten, indien nodig’.¹² Was dat nou een ‘verzoek’? Nee, zegt de Raad: ‘De

8 TK 1988-1989, 21 221, nr. 3, p. 4, *PG Awb I*, p. 19.

9 F.M. Noordam, ‘We gaan iets nieuws doen’, in: M. Herweijer e.a. (red.), *In wederkerigheid* (Scheltema-bundel), Deventer: Kluwer 1997, p. 47-56, hier p. 55.

10 M. Scheltema, ‘De dynamiek van de Awb’, *NTB* 2003, p. 149-152, hier p. 151; M. Scheltema, ‘Terugblik en perspectief’, *NTB* 2004, p. 172-175.

11 Hetzelfde bepaalt nog steeds art. 25, vierde lid, Algemene wet inzake rijksbelastingen. Zie voor de soepele toepassing van deze bepaling R.H. Happé e.a., *Algemeen fiscaal bestuursrecht*, Monografie Algemene wet bestuursrecht, tweede druk, Deventer: Kluwer 2005, p. 146.

12 CRvB 24 november 2005, *AB* 2006, 14, *JB* 2006, 39 (European Wireless Institute).

woorden ‘indien nodig’ suggereren al dat gedaagde zelf niet de behoefte had om gehoord te worden. Zo er al twijfel bestond omtrent de bedoeling van gedaagde is deze twijfel weggenomen door gedaagde op de zitting van de rechtbank. Blijkens het van de zitting van de rechtbank opgemaakte proces-verbaal heeft gedaagde aldaar gesteld dat hij wel wilde praten, maar ervan uit was gegaan dat zijn bezwaarschrift zo duidelijk was dat een hoorzitting niet meer nodig was. Op de zitting van de Raad heeft gedaagde dit nogmaals benadrukt.’

Kennelijk is het volgens de Centrale Raad van Beroep niet een zaak van *behoorlijk, dienend bestuur* dat het bestuursorgaan in geval van twijfel tijdens de bezwaarschriftprocedure even navraagt of betrokkene inderdaad geen behoefte aan horen heeft.¹³ Wat precies zijn bedoeling was, wist het bestuursorgaan niet, maar dat blijkt nu pas bij de rechter. Past deze bestuursvriendelijke benadering wel in het tegenwoordig nogal eens gehuldigde standpunt dat de rechter vooral moet *controleren* of het bestuur het goed heeft gedaan? Moet de rechter wel op deze wijze het werk van het bestuur *overdoen* of *overnemen*? Of wordt hier impliciet art. 6:22 Awb toegepast?

Het gaat hier wel om een zaak van bestuurdersaansprakelijkheid (art. 16d CSV) voor 129.036,67 euro, vermoedelijk ook voor betrokkene geen bedrag dat hij even uit de kofferbak kan halen. Wat nu als betrokkene had aangegeven: ‘Ik wil worden gehoord voor zover u niet volledig aan mijn bezwaren tegemoetkomt.’?¹⁴ Is dat wat anders dan ‘indien nodig’? Wat dragen deze subtiliteiten bij aan een adequate rechtsbedeling?

Dergelijke verwickelingen worden voorkomen als er volledig wordt geharmoniseerd met art. 7:2 Awb, want dan moet in beginsel – namelijk behoudens de uitzonderingen van art. 7:3 – de belanghebbende altijd ‘in de gelegenheid worden gesteld te worden gehoord’. Ook zo’n eenvoudige harmoniserende bepaling kan echter problemen oproepen. Is het bij dit ‘in de gelegenheid stellen’ geoorloofd dat het bestuursorgaan aan de belanghebbende vraagt te bevestigen gebruik te willen maken van die hoorgelegenheid? Bijvoorbeeld met de formule: ‘Indien u gebruik wenst te maken van de mogelijkheid gehoord te worden, dan verneem ik dat graag van u binnen één week na dagtekening van deze brief. U kunt hiervoor mailen naar ... of bellen met ...’

Het probleem is in de praktijk dat bestuursorganen die een hoorzitting organiseren, regelmatig worden geconfronteerd met een groot aantal *no shows*: de belanghebbende komt zonder bericht niet opdagen, waarmee op zich zelf kostbare tijd

13 Dezelfde soort tegenover de burger onwelwillende opstelling doet zich voor in gevallen waarin onduidelijk is of iemand een bezwaarschrift heeft willen indienen, dan wel een klacht o.i.d.: ABRvS 19 januari 2005, AB 2005, 130 m.nt. Damen (Ceci n’est pas un bezwaarschrift?); CRvB 18 augustus 2005, AB 2006, 28 m.nt. Damen (Ceci n’est pas un bezwaarschrift II); ABRvS 29 maart 2006, nr. 200508296, n.n.g. (Ceci n’est pas un bezwaarschrift III).

14 Dan kan het nog gebeuren dat alsnog een tweede reactie middels een antwoordkaart ‘verplicht’ wordt gesteld.

bij de hoorders en de gemachtigden van het bestuursorgaan verloren kan gaan. Dat risico is in elk geval groot als een echt burgervriendelijke planning wordt gehanteerd, en niet maar gemakshalve – zoals sommige dokters deden en soms nog doen – veel klanten tegelijkertijd worden opgeroepen, en het ‘wachtrisico’ op hen wordt afgewenteld.

Daarom gaat men in beschikkingfabrieken nogal eens over tot het instrument van het aanmeldbriefje of de antwoordkaart of -formulier: wie niet reageert, wordt niet eens voor een hoorzitting opgeroepen. In 1998 heeft de Centrale Raad van Beroep bepaald dat het ‘bieden van de gelegenheid zich te laten horen’ niet afhankelijk mag worden ‘gemaakt van een niet in de wet voorziene formaliteit’.¹⁵ De Afdeling bestuursrechtspraak heeft zich in 2004 hierbij aangesloten: in art. 7:2 Awb is ‘een essentieel onderdeel van de bezwaarschriftenprocedure neergelegd. Uitzonderingen op de hoorplicht dienen dan ook restrictief te worden geïnterpreteerd. Iedere twijfel omtrent de vraag of een belanghebbende van zijn recht betreffende het horen geen gebruik heeft willen maken, verhindert dat zonder meer van het horen kan worden afgezien’. Daarom is een buitenwettelijk systeem van antwoordformulieren of -kaarten niet geoorloofd.¹⁶ Aldus harmoniseert de Afdeling haar jurisprudentie met die van de Centrale Raad van Beroep.

In zijn annotatie vindt Nico Verheij zich hierover op, omdat het ‘voorzienbare gevolg is dat bestuursorganen nog langer over hun beslissingen gaan doen. Het is een voorbeeld van micro-denken met veronachtzaming van macro-effecten. Uiteindelijk is de burger slechter af’.

18.7 Desharmonisatie, reharmonisatie en juridisering

Dit ‘slechter af zijn’ kan ook een gevolg zijn van ‘desharmonisatie’ door de wetgever. In zijn noot onder een latere Afdelingsuitspraak signaleert Verheij dat de wetgever naar aanleiding van de uitspraak van 3 maart 2004 spoorslags de Huursubsidiewet heeft gewijzigd.¹⁷ Art. 7a Huursubsidiewet bepaalde van 1 juli 2004 tot 1 september 2005 dat de indiener van het bezwaarschrift slechts behoeft te worden gehoord indien hij daarom verzoekt. In de praktijk werd volgens Verheij nog steeds de ‘antwoordkaartmethode’ toegepast, maar die kon onder het nieuwe art. 7a zonder wettelijk beletsel worden verruild voor de ‘alleen-op-spontaan-verzoekmethode’. Desharmonisatie als sanctie op te strenge harmonisatiejurisprudentie?

15 CRvB 27 mei 1998, AB 1998, 367, JB 1998, 173, RAwb 1998, 147 m.nt. De Waard, NJB 1998, p. 1317, «USZ» 1998, 210 (hoorzitting in Paramaribo?); CRvB 4 juli 2003, JB 2003, 268 (zieke keurmeester). Zie ook nog CRvB 15 juli 2004, JB 2004, 329 (ook na vernietiging niet automatisch gehoord).

16 ABRvS 3 maart 2004, AB 2004, 252 m.nt. Verheij; JB 2004, 175, Gst. (2005) 7230.88 m.nt. Adriaanse; NJB 2004, p. 845; NA 2004, 77 (huursubsidie Zoetermeer).

17 ABRvS 8 juni 2005, AB 2005, 310 m.nt. Verheij (verhoogde huursubsidie).

Vanaf 1 september 2005 is de toekenning van huursubsidie/-toeslag ondergebracht bij de Belastingdienst/Toeslagen. In de toepasselijke Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen heb ik opvallend genoeg geen uitzondering op art. 7:2 Awb gevonden. Er zijn nu enkele mogelijkheden. Misschien heb ik niet goed genoeg gezocht, en is de uitzondering wel ergens opgenomen. Misschien is verondersteld dat art. 25, vierde lid, Algemene wet inzake rijksbelastingen van toepassing is omdat het om de Belastingdienst gaat, maar dat is een wel erg ruime uitleg van art. 1 van die wet. Misschien is de uitzondering doelbewust afgeschaft, misschien wel bij vergissing.

In het in april 2006 gepubliceerde voorontwerp Wet aanpassing bestuursprocesrecht wordt ‘gereharmoniseerd’ door in art. 7:3, aanhef en onder d (nieuw), Awb voor het hele bestuursrecht te bepalen dat van het horen van een belanghebbende kan worden afgezien indien ‘de belanghebbende niet binnen een door het bestuursorgaan gestelde redelijke termijn verklaart dat hij gebruik wil maken van het recht te worden gehoord’. Blijkens de memorie van toelichting (p. 20) is nu sprake van veel onnodig tijdverlies omdat vaak toch niemand komt opdagen voor een uitgeschreven hoorzitting. Omdat ‘van burgers wel in redelijkheid kan worden gevergd dat zij aangeven of zij gebruik willen maken van de gelegenheid om te worden gehoord’, wordt de antwoordkaartmethode algemeen geïntroduceerd. Tot 1 januari 2006 waren – voor zover het om premies ging – in een aantal socialeverzekeringswetten bepalingen te vinden, overeenkomend met art. 18a CSV, zoals art. 87a Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO) en 128 Werkloosheidswet (WW). Inmiddels is per 1 januari 2006 in veel socialeverzekeringswetten, zoals art. 87a WAO en 128 WW, maar ook art. 51a Algemene Ouderdomswet en 29 Algemene Kinderbijslagwet, een ruimere bepaling opgenomen: van het horen kan worden afgezien indien de belanghebbende niet binnen een door het bevoegde bestuursorgaan gestelde termijn verklaart dat hij gebruik wil maken van het recht te worden gehoord. Hiermee is dus binnen het socialezekerheidsrecht geharmoniseerd. Vervolgens wordt deze bepaling in het voorontwerp Wet aanpassing bestuursrecht naar buiten de SZW-wetsfamilie geëxporteerd en ‘extern geharmoniseerd’.

In de memorie van toelichting bij de Wet aanpassing bestuursrecht wordt de voorgestelde wijziging zeer summier gemotiveerd. De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot wijziging van de socialezekerheidswetten per 1 januari 2006 was iets uitvoeriger, maar veel verder dan vermijden van ‘onnodige kosten’, ‘efficiëncywinst’ en geen ‘onnodige administratieve last voor belanghebbenden’, komt zij niet.¹⁸

¹⁸ TK 2004-2005, 30 118, nr. 3, p. 102, sub HH.

18.8 De onfeilbare postbode

Een probleem waar beide memories van toelichting aan voorbijgaan, is dat van de verzending en ontvangst van de uitnodigingen en antwoordkaarten. Er komt een rondje correspondentie bij. Naarmate de *effectieve rechtsbescherming* van burgers meer afhankelijk wordt van een correcte verzending en ontvangst van stukken die doorgaans niet aangetekend worden verzonden, zullen de problemen alleen maar toenemen. Wat als de belanghebbende stelt de uitnodiging met antwoordkaart nooit te hebben ontvangen? Wat als het bestuursorgaan stelt de verstuurde (positieve) antwoordkaart nooit te hebben ontvangen? Verdampt dan het recht om te worden gehoord? Hoe meer stukken er (niet aangetekend) worden verzonden, hoe meer er zullen kwijtraken. Intussen gelooft de bestuursrechter in meerdere of mindere mate in het ‘sprookje van de onfeilbare postbode’ en hanteert deze rechter soms het diabolische criterium van de ‘niet ongeloofwaardige ontkenning’.¹⁹ Is hier ter wille van de efficiency geen sprake van *conflict bevorderende jurisdisering*? Waarom wordt in de memorie van toelichting aan dit mogelijke effect volledig voorbijgegaan?

18.9 De sociale zekerheid als bijzondere ‘(wegwerp)wetsfamilie’

Het hiervoor behandelde horen illustreert de slingerbeweging van harmonisatie, desharmonisatie en reharmonisatie. Het is ondoenlijk om binnen het bestek van deze bijdrage ook maar enigszins volledig en nauwkeurig na te gaan in hoeverre het socialezekerheidsrecht vanaf 1994 verder is geharmoniseerd met het (algemeen) bestuursrecht. Zelfs als ik veel tijd zou hebben, zou ik vermoedelijk niet alle relevante wetgeving kunnen screenen, of misschien alleen nog maar traceren.

Zo niet elke dag of elke week, dan toch elke maand verschijnt er nieuwe wetgeving op het terrein van de sociale zekerheid. Frits Noordam was in elk geval tot medio 2006 iemand die al die wetgeving op de voet volgt: altijd weer lagen er bij onze printer nieuwe wetten, algemene maatregelen van bestuur of ministeriële verordeningen, vers uit het Staatsblad of de Staatscourant. Frits las deze wettelijke regelingen vermoedelijk ook nog allemaal, borg hen allemaal op in een of andere map, vermoedelijk om hen enige tijd later weer weg te gooien, wegens het verstrijken van de uiterste houdbaarheidsdatum. Als er immers één soort echte ‘wegwerpwetgeving’ is, dan toch zeker wel die inzake de sociale zekerheid. En

19 Zie L.J.A. Damen, ‘Helpt de Centrale Raad van Beroep Jan Splinter door de bestuursrechtelijke winter?’, in: R.M. van Male e.a. (red.), *Centrale Raad van Beroep 1903-2003*, Den Haag: Sdu 2003, p. 243-260, hier p. 252-253; L.J.A. Damen, ‘Is de burger beter af onder het bestuursrecht van 2004 dan onder dat van 1993?’, *NTB* 2004, p. 155-1162, hier p. 157-158; L.J.A. Damen, ‘The long and winding road’, in: A.W. Heringa e.a. (red.), *Het bestuursrecht beschermd* (Stroink-bundel), Den Haag: Sdu 2006, p. 85-97, hier p. 89-90.

dat terwijl de sociale zekerheid bestaanszekerheid, en dus rechtszekerheid en continuïteit moet bieden.²⁰

De ontwikkelingen in het socialezekerheidsrecht zijn dus moeilijk te volgen. Normaal had ik Frits Noordam als vraagbaak, zoals hij mij als vraagbaak had voor het algemene bestuursrecht. Bij het schrijven van deze bijdrage stond ik enkele keren op het punt hem even iets te vragen, bedacht mij dan echter net op tijd en realiseerde mij dat ik hem in de toekomst zal missen, ook als vraagbaak.

18.10 De invloed van de Awb op de toepassing van het socialezekerheidsrecht

Harmonisatie was een van de belangrijke doelstellingen van de Algemene wet bestuursrecht. Met de invoering van de Awb is het socialezekerheidsrecht ook ‘meegeharmoniseerd’ met het overige bestuursrecht: het algemeen deel en de bijzondere delen.

De gewone burger, de niet-Awb-mens, is echter na 1994 in een ‘bestuursrechtelijke winter’ terechtgekomen. Zoals ik al eerder heb uiteengezet, is het bestuursrecht onder de Awb steeds meer *bestuursvriendelijk* en *burgeronvriendelijk* uitgelegd en toegepast.²¹ Daarbij is duidelijk het voortouw genomen door de Afdeling bestuursrechtspraak, maar de Centrale Raad van Beroep hobbelt daar enigszins achteraan. Uit een oogpunt van harmonisatie en eenheid van bestuursrecht valt het streven naar een uniforme uitleg en toepassing van de Awb te rechtvaardigen, in de gekozen benadering valt het minder positief te waarderen.

Zoals ik al eerder heb bepleit²², moeten we eigenlijk toe naar een *bestuurs(proces)recht van twee gestrengheden*: een soepel bestuurs(proces)recht voor tweepartijenverhoudingen waarbij naast het bestuursorgaan slechts één belanghebbende burger is betrokken, en een strenger bestuurs(proces)recht bij meerpartijenverhoudingen met veelsoortige, tegenstrijdige belangen. Het door de Afdeling bestuursrechtspraak via een bepaalde interpretatie van het geldende bestuursrecht, in het bijzonder de Awb, geschapen strenge bestuurs(proces)recht, waarin wordt bestuurd en geprocedeerd *met het mes op tafel*, valt tot op zekere hoogte te verdedigen in meerpartijenverhoudingen. De Afdeling past dit model echter ook toe in tweepartijenverhoudingen die zij zelf berecht, zoals bij huursubsidies, en de Centrale Raad van Beroep past dat model ook steeds meer toe in de tweepartijenverhoudingen die de Raad hoofdzakelijk berecht.

De op harmonisatie gerichte, volgzame opstelling van de Centrale Raad van

20 F.M. Noordam, ‘Sociale zekerheid: een uiterst veranderlijk verschijnsel (I)’, *SMA* 2005, p. 272-283, hier p. 272.

21 L.J.A. Damen, in: *Centrale Raad van Beroep 1903-2003*, a.w.; L.J.A. Damen, in: *NTB* 2004, a.w.; L.J.A. Damen, *Juridische kwaliteit* 2005, a.w.

22 L.J.A. Damen, in: *Centrale Raad van Beroep 1903-2003*, a.w., p. 260; L.J.A. Damen, *Juridische kwaliteit* 2005, a.w., p. 26-27.

Beroep leidt er ook weer toe dat vooral de uitvoeringsorganisatie van het UWV, maar ook die van de Sociale verzekeringsbank, met het mes op tafel is gaan opereren en daarin geheel of gedeeltelijk wordt gesteund door de bestuursrechter.

18.11 Het mes op tafel, ook in de sociale zekerheid

Ter illustratie een tweetal *stories*.²³ Allereerst Prinzipienreiterei over uitstel van een hoorzitting.

De uitnodiging voor een hoorzitting in bezwaar in een WAO-zaak op 2 mei 2002 wordt door het UWV op 23 april 2002 verzonden. De advocaat van betrokkene vraagt om uitstel in verband met vakantie en een te korte voorbereidingstijd, maar dat uitstel wordt geweigerd. De rechtbank moet eraan te pas komen om vast te stellen dat – in het licht van de minimumtermijn van art. 7:4, eerste lid, Awb: 10 dagen voor het indienen van stukken – de minimale oproepingstermijn 10 dagen is. Bovendien was in het *Reglement behandeling bezwaarschriften Lisv 2000* als beleid neergelegd dat een minimale termijn van 14 dagen wordt gehanteerd. De Centrale Raad van Beroep bevestigt de uitspraak van de rechtbank, en overweegt daarbij dat het 14 dagenbeleid ‘op zichzelf een rechtens aanvaardbare invulling inhoudt van de grenzen die door de wet zijn getrokken’.

Dat laatste is opvallend omdat de Raad eerst heeft overwogen dat in de Awb geen termijn voor de oproeping is vermeld, maar alleen een termijn van 10 dagen voor het indienen van nadere stukken. Kennelijk moeten de burger en/of zijn gemachtigde binnen enkele dagen, waarbinnen ook nog een weekend kan vallen, bezien of zij nog stukken willen indienen. Intussen is het een feit van algemene bekendheid dat veel advocaten wegens de werkdruk een dossier pas weer bekijken als de tegenpartij beweegt, bijvoorbeeld een oproeping voor een hoorzitting verstuurt. Bovendien liggen veel bezwaarzaken lang, langer dan de 13 weken die de desharmoniserende socialezekerheidswetten de bureaucratie toch al gunnen, in de kast.

Waarom het onder deze omstandigheden een – ook vanuit het perspectief van de burger – rechtens aanvaardbaar, redelijk beleid is om ineens haast te gaan maken en de burger slechts 14 dagen voor de voorbereiding en eventueel overleg met zijn gemachtigde te gunnen, is mij niet duidelijk. Waarom van een – hopelijk geoliede – bureaucratie als de afdeling bezwaarschriften van een beschikkingenfabriek niet zou mogen worden gevergd om de burger minimaal 3 tot 4 weken voor de zitting op te roepen, behoeft voor mij een betere motivering.²⁴

Soms lijkt het vereiste van de redelijke termijn van art. 6 van het Europees Ver-

23 Zie voor andere *stories* L.J.A. Damen, *Het bestuursrecht beschermd 2006*, a.w., p. 87-91.

24 CRvB 10 januari 2006, 03/3906 WAO, LJN AU9331, ABkort 2006, 107 (uitgezette WAO'er).

drag tot bescherming van de rechten van de mensen en de fundamentele vrijheden de burger als een boemerang te treffen.

Een failliete mevrouw merkt wat het betekent als B&W van Leiden – al dan niet geïnspireerd door de bestuursrechter – met het mes op tafel gaan procederen.

Zij wordt op 11 februari 2003 failliet verklaard. Het faillissement wordt op 4 mei 2004 bij gebrek aan baten opgeheven. Intussen had mevrouw op 19 maart 2003 een bijstandsuitkering aangevraagd. Kennelijk verschaft zij niet voldoende gegevens want op 10 juni 2003 wordt haar aanvraag met toepassing van art. 4:5 Awb buiten behandeling gesteld. Dit besluit wordt haar toegestuurd, maar besteld op het adres van haar curator die het kennelijk onder zich houdt. Volgens de Centrale Raad van Beroep ‘blijkt uit de stukken niet anders dan dat appellante een afschrift van het besluit van 10 juni 2003 eerst op 5 augustus 2003 per fax heeft ontvangen ten kantore van haar advocaat’. Daarom is zij op 6 augustus 2003 twee weken te laat in bezwaar gekomen. Dat is volgens B&W niet, maar volgens de Raad wel verontschuldigbaar.²⁵ Kennelijk inspireert de strenge jurisprudentie op art. 6:11 Awb het bestuur tot dit soort met het mes op tafel besturen. In casu loopt het door ingrijpen van de Raad nog goed af, maar je houdt je hart vast voor al die andere gevallen van onwelwillend bestuur.

18.12 Calculerend in plaats van dienend bestuur?

Regelmatig valt mij het calculerende gedrag van de uitvoeringsinstellingen op als het eenmaal tot een proces is gekomen. Verweerschriften bevatten vaak sjablonen, verwijzingen naar eerder ingenomen standpunten, zonder dat geprobeerd wordt tot een (voortgezet) debat met de burger te komen. Verder is kennelijk voor de vertegenwoordiging ter zitting de vraag: heeft het zin om naar de zitting te gaan, wat kan het ons opleveren, vergroot het onze kansen, of is het toch al een gewonnen of verloren zaak?

De attitude van uitvoeringsorganen is aldus niet meer gericht op service aan de rechter die zo goed mogelijk moet worden voorgelicht zodat aan de burger zo goed mogelijk zijn recht kan worden bezorgd. Voor zover het gaat om een vaststelling, beoordeling en waardering van de feiten, staat in de rechterlijke fase immers de materiële waarheid voorop: rechterlijke uitspraken moeten zoveel mogelijk berusten op een juiste vaststelling van de feiten, een rechterlijke uitspraak moet zoveel mogelijk recht doen aan de materiële werkelijkheid. Het bestuursorgaan moet dus volledig met de juridische en feitelijke billen bloot. Regelmatig blijken gemachtigden van uitvoeringsorganen als ze wel ter zitting verschijnen, niet in staat vragen van rechters te beantwoorden, en komen daar dan

25 CRvB 1 juni 2006, 05/1396 WWB, LJN AX7440, ABkort 2006, 421 (failliete mevrouw).

mee weg omdat de rechter het onaantrekkelijk vindt het (voor)onderzoek te heropenen.

Tegelijkertijd zie ik regelmatig procedures waarbij ik mij afvraag waarom daar nu zo principieel over gedaan wordt, waarom het bestuursorgaan (lees: zijn uitvoerende functionarissen) daar nu zo principieel over doorprocedeert.

In een geschil over de vraag of iemand werknemer in de zin van de Werkloosheidswet is, vernietigt de rechtbank de weigering en bepaalt dat het uitvoeringsorgaan binnen zes weken een nieuw besluit moet nemen. Het uitvoeringsorgaan claimt in hoger beroep de beslistermijn van dertien weken die voor de primaire besluitvorming inzake de Werkloosheidswet gold. De Centrale Raad van Beroep wil daar niets van weten: van primaire besluitvorming is in casu ‘geen sprake. Ook overigens valt niet in te zien waarom voor het uitvoeren van de uitspraak van de rechtbank niet een snellere interne procedure zou kunnen worden gevolgd dan de standaardprocedure. In de memorie van toelichting wordt juist de noodzaak van ‘bijzondere voortvarendheid’ benadrukt (PG Awb II, p. 471).’ Verder benadrukt de Raad dat indien de rechtbank bij de toepassing van art. 8:72, vijfde lid, Awb geen kortere dan de ‘normale’ termijn zou kunnen stellen, deze bevoegdheid grotendeels van haar betekenis zou worden ontdaan. Conclusie: ‘De Raad kan de wijze waarop de rechtbank in casu van haar bevoegdheid gebruik heeft gemaakt, niet onjuist achten.’²⁶ Het uitvoeringsinstituut bleek overigens over het nemen van het nieuwe besluit niet 6 weken, niet 13 weken, maar bijna een jaar te hebben gedaan.²⁷

Kennelijk valt er in dit soort zaken iets te ‘verdienen’. Of is het gewoon domheid?²⁸

Heeft soms een gewijzigde attitude van de socialezekerheidsrechter deze ontwikkeling naar een *calculerend bestuur* in de hand gewerkt? Vroeger, voor 1994, was de attitude van de socialezekerheidsrechter nogal uiteenlopend, maar toch vaak: hier met dat dossier, dan kijken wij wel of die burger recht heeft op die uitkering, dan bezorgen wij die burger zijn recht. Nu is de rechterlijke attitude meer afstandelijk, meer toetsend, meer verzakelijkt. De facto heeft de bestuursrechter het vooronderzoek grotendeels afgeschaft; dit overigens zonder daartoe van de wetgever enige opdracht te hebben gekregen.²⁹ De burger moet maar zelf op tijd actie ondernemen, maar zelf op tijd contra-expertise organiseren, maar zelf op tijd

26 CRvB 4 september 1997, AB 1997, 445 m.nt. Bröring; JB 1997, 254, RAwb 1998, 45 m.nt. De Waard; RSV 1998/21, «USZ» 1998, 278 (voorwaarden WW-uitkering).

27 Zie daarnaast de *stories* in L.J.A. Damen, *Het bestuursrecht beschermd 2006*, a.w., p. 87-89.

28 Vaak zeggen bevriende ambtenaren mij als ik weer zit te somberen: het is heus geen onwelwillendheid, het is gewoon domheid waardoor van alles misgaat. Daar word ik op zichzelf niet minder somber van.

29 Zie L.J.A. Damen, ‘Van materiële waarheidsvinder naar marginaal toetsende achteroverleuner?’, in: W.D.H. Asser e.a., *Partijautonomie of materiële waarheid?*, Den Haag: BJu 2006, p. 21-31, hier p. 26-27.

bedenkingen, gronden, argumenten of bewijsmiddelen naar voren brengen. Niet of niet op tijd gedaan? Gezakt voor je diploma juridisch-bureaucratische inburgering. Pech, uitkering weg.

De attitude in de uitvoeringssfeer is niet meer die van het uitvoeringsorgaan dat in het leven is geroepen om de burger zijn recht te bezorgen. Het management-denken in termen van 'BV Zwolle' of 'BV Nederland' heeft een funeste invloed. Dat leidt tot een verscherpte opstelling tegenover de burger, tot een grotere onwelwillendheid. Of is die onwelwillendheid alleen maar zichtbaarder geworden?

18.13 Burgerbeeld: bestuursrechtelijk zelfredzame burger?

In augustus 2005 meldde *NRC Handelsblad* dat de Gamma, Praxis, Formido, Karwei en Hubo systematisch procederen tegen elke vergunning die een concurrent aanvraagt in welke gemeente dan ook.³⁰ Zij procederen tegen elke wijziging van een bestemmingsplan, tegen elke bouwvergunning enz. Vooral de nieuwe firma Hornbach wordt zo te vuur en te zwaard bestreden. Gamma en haar doehet-zelfvrienden hebben zich daarvoor verenigd in een juridisch kartel en 'topjurist N. Koeman van advocatenkantoor Stibbe ingeschakeld'. Ik denk niet dat zij met Koeman als juridische Rambo in hun midden behoefte hebben aan ongelijkheidscompensatie, en Hornbach kan waarschijnlijk ook wel een 'topjurist' inhuren, en heeft dus ook geen ongelijkheidscompensatie nodig.

Dergelijke bedrijven beantwoorden aan het algemene beeld dat de laatste jaren in Den Haag en omstreken bestaat van de burger als een mondige en zelfredzame burger, die de *besloten vennootschap 'Ik'* runt.

Buitengewoon veel burgers zijn tegenwoordig wel mondig, in die zin dat ze overal een opinie over hebben,³¹ maar of zij *bestuursrechtelijk zelfredzaam* zijn, valt ernstig te betwijfelen: het bestuursrecht is daarvoor veel te ingewikkeld, en veel burgers verkeren in een bestuursrechtelijke winter. In het bestuursprocesrecht kennen we geen verplichte rechtsbijstand, laat staan een voor alle burgers betaalbare rechtsbijstand. Veel burgers zijn al juridisch knock-out voordat ze bij een jurist komen, laat staan bij een topjurist. De burger als 'BV Ik' is – nog veel meer dan elders in het bestuursrecht – in het socialezekerheidsrecht een illusie.

Daarom is het zo treurig dat de ongelijkheidscompensatie en de materiële waarheidsvinding de facto door de bestuursrechter de nek zijn omgedraaid.³²

30 Frits Baltesen, 'Hornbach moet het zelf doen', *NRC Handelsblad* 6/7 augustus 2005.

31 Trefwoord: standpunt.nl.

32 Zie hierover L.J.A. Damen, *Van materiële waarheidsvinder naar marginaal toetsende achteroverleuner?*, 2006, waaruit het voorgaande deels is overgenomen.

18.14 Omgekeerde ongelijkheidscompensatie

In een recente uitspraak schrijft de Centrale Raad van Beroep: ‘In de procedure voor de bestuursrechter dienen partijen uit eigen beweging hun stellingen voldoende aannemelijk te maken en spontaan het daarvoor benodigde bewijsmateriaal aan te dragen.’³³ Hier wordt niet alleen het leerstuk van de ongelijkheidscompensatie verder de nek omgedraaid, maar tegelijk ook wordt de lat voor de burger steeds hoger gelegd. Je zoekt vergeefs in de uitspraak naar enige steun in wettekst of wetgeschiedenis voor dit verreikende standpunt.

In de jurisprudentie wordt door de Afdeling bestuursrechtspraak en dus soms ook de Centrale Raad van Beroep een soort *omgekeerde ongelijkheidscompensatie* toegepast: de processuele en andere fouten van bestuursorganen worden betrekkelijk gemakkelijk door de vingers gezien:

- Zo hoeft een bestuursorgaan in geval van twijfel tijdens de bezwaarschriftprocedure niet na te vragen of de belanghebbende geen behoefte aan horen heeft; dat doet de rechter wel voor hem (zie hiervoor onder 18.6).
- Zo mag een bestuursorgaan alsnog een geheel ander wetsartikel aan zijn besluit ten grondslag leggen.
- Zo mag een bestuursorgaan – zelfs als het gaat om een bestraffend besluit – alsnog een geheel andere overtreding aan de burger tegenwerpen, als het feitencomplex maar hetzelfde blijft: dat gaat toch wel erg in de richting van een ‘*reformatio in peius*’ die eigenlijk niet mag.
- Als dan toch een vernietiging door de rechter onvermijdelijk is geworden, dan mag het bestuursorgaan vaak weer vrolijk van voren af aan beginnen: ‘*reformatio in melius*’; vaak mag het bestuur er dan ook nog ‘zijn tijd voor nemen’.

Zo wordt de lat voor het bestuur steeds lager gelegd. Dit werkt een piepsysteem in de hand en zet een premie op slordig werken.

18.15 Rechtszekerheid voor bestuursorganen?

Ook opvallend is dat we in toenemende mate eerbied voor de rechtszekerheid van bestuursorganen zien opduiken.

Voor al bij uitkeringen gaat het om de *comptabele rechtszekerheid*. Daarom hoeven uitvoeringsorganen – behoudens in bijzondere gevallen – uitkeringen niet met terugwerkende kracht van meer dan een jaar toe te kennen: anders kunnen de boeken nooit worden gesloten. Bij sommige uitkeringen is toekenning met terugwerkende kracht zelfs helemaal uitgesloten; zie bijvoorbeeld art. 44 Wet werk en

33 CRvB 1 juni 2005, JB 237 m.nt. Wenders (zwart loon in rode multimap).

bijstand. Daar staat tegenover dat een burger een goede reden kan hebben om te laat een uitkering aan te vragen, bijvoorbeeld omdat hij aanvankelijk denkt op korte termijn weer aan het werk te kunnen gaan en daarom liever nog even de gifbeker van de bijstandsbureaucratie aan zich voorbij laat gaan, of omdat hij door die bureaucratie van het goede kastje naar de verkeerde muur is gestuurd.³⁴ Van die gevallen zal zich – statistisch gezien – een constant percentage voordoen. Bij continuïteit van de uitvoeringsorganisatie³⁵ en een omslagstelsel van de kosten kan het toch niet zo’n groot probleem zijn om die gevallen ten laste van latere jaren te brengen. Waarom dan zo krampachtig de boot afgehouden? Dezelfde toenemende krampachtigheid zien we bij de toepassing van art. 4:6 Awb inzake de herhaalde aanvraag. Art. 4:6 Awb wordt tegenwoordig steeds meer gepercipieerd als een verplichting voor het bestuur om burgers die bijvoorbeeld een bezwaar- of beroepstermijn hebben laten verlopen, zoveel mogelijk af te houden. Dat gebeurt nu ook al in die tweepartijenverhoudingen waarin vóór de invoering van de Awb – in elk geval op het terrein van de sociale zekerheid – nog gewoon werd gezien of aan de belangen van de burger alsnog recht zou kunnen worden gedaan. Inmiddels volgt ook de Centrale Raad van Beroep hier een stringenter koers.³⁶ Ook hier leidt harmonisatie dus niet tot een verbetering van de positie van de burger tegenover de uitvoeringsorganen van de sociale zekerheid, integendeel.

18.16 Van dienend bestuur naar dienende burger?

In 1989 heeft Scheltema als een van de vier centrale kenmerken van de democratische rechtsstaat het beginsel van de dienende overheid genoemd. Nu, nog geen twee decennia later, lijkt het beginsel van de *dienende burger* te zijn ingevoerd, onder het motto: lang leve de eigen verantwoordelijkheid van de burger! In een democratische rechtsstaat is het bestuur er voor de burger, en de burger niet voor het bestuur. Het gaat erom dat aan de burger recht wordt gedaan, dat wil zeggen dat hij zoveel mogelijk krijgt waar hij recht op heeft, en dat hij zo weinig mogelijk nodeloos wordt lastig gevallen. De rechter heeft bij deze ‘bezorging van het recht’ evenzeer een dienende rol. De rechter moet de burger zoveel mogelijk tot zijn recht laten komen.³⁷ We zien op veel terreinen het tegendeel.

34 CRvB 27 juli 1999, AB 1999, 454 m.nt. Bröring (weggestuurde bedrijfskundige).

35 Die continuïteit is in de sociale zekerheid natuurlijk wel een probleem omdat in ‘Den Haag’ het hardnekkige misverstand bestaat dat je inhoudelijke problemen kunt oplossen door voortdurend organisaties te veranderen.

36 Zie voor een overzicht R. Stijnen, ‘Appellation Contrôlée: nieuwe jurisprudentie inzake artikel 4:6 van de Algemene wet bestuursrecht en enige aanverwante kwesties’, RSV 2004/231, p. 806-826. J. Trefers, ‘De Awb in de praktijk van de CRvB’, *Jbplus-special* 2004, p. 14-20, hier p. 16-17, ziet geen wijziging van jurisprudentie.

37 Terecht benadrukt Bröring in zijn noot onder CRvB 20 augustus 2003, AB 2004, 13 (WW-bewijsfuik), dat het procesrecht ten dienste staat van de individuele materiële rechten.

Het is kennelijk niet meer de taak van het openbaar bestuur om alle burgers waar nodig de helpende hand te bieden, hen actief dienstbetoon te verlenen, hen aan hun recht te helpen, maar dat alleen te doen voor zover de burger een Awb-mens is, dat wil zeggen een burger die over de juiste juridische en bureaucratische vaardigheden beschikt, of die voor het bestuur relevante belangen vertegenwoordigt, doorgaans een kapitaalkrachtige rechtspersoon. De niet-Awb-mens, dat wil zeggen die burger die niet over die vaardigheden beschikt, of bestuurlijk niet relevant is, moet op het goede moment de goede aanvraag indienen, de goede argumenten en gronden naar voren brengen, de goede bewijsmiddelen bijbrengen. Hij moet zich kortom juridisch zo gedragen als we redelijkerwijs nu juist niet van een niet-Awb-mens mogen verwachten. De veronderstelling bij de opstelling van de Awb, namelijk dat een ontwikkelde 'leek' zelf in het bestuursprocesrecht kan procederen, wordt steeds verder gefalsifieerd.

In veel gevallen moet een niet-Awb-mens zich eigenlijk al vanaf het begin van zijn contacten met het bestuur, in de primaire besluitvormingsfase, van adequaat juridisch advies voorzien. Let wel: van adequaat juridisch advies. Lang niet alle juridische adviseurs leveren voldoende kwaliteit. De financiering van de rechtsbijstand is intussen het laatste decennium alleen maar achteruit gegaan, terwijl de bedragen voor de vergoeding van proceskosten al tien jaar niet zijn verhoogd, de griffierechten echter herhaaldelijk en substantieel. Eigenlijk is behoorlijk bestuursrecht alleen nog verzekerd voor de Awb-mensen, voornamelijk rechtspersonen, die zich kostbare rechtshulp van 'topjuristen' van het begin af aan kunnen veroorloven.

18.17 Is de burger in 2006 beter af dan in 1993?

Is de harmonisatie van het bestuursrecht de positie van de burger tegenover de uitvoeringsorganen van de sociale zekerheid ten goede gekomen, zoals Frits Noordam in 1995 veronderstelde? Is de burger – na alle interne en externe harmonisatie – beter af onder het socialezekerheidsrecht van 2006 dan onder dat van 1993?

Die vraag is moeilijk ondubbelzinnig te beantwoorden. Ik had er al voor gewaarschuwd. Wel kan worden gezegd dat alle harmonisatie, afstemming en eenheid binnen een bestuurs(proces)recht van één gestrengheid ertoe hebben geleid dat na 1994 de gewone burger, de niet-Awb-mens, in een geharmoniseerde 'bestuursrechtelijke winter' terecht is gekomen. Op zichzelf valt uit een oogpunt van harmonisatie en eenheid van bestuursrecht het streven naar een uniforme uitleg en toepassing van de Awb goed te verdedigen, maar in de gekozen benadering valt het minder positief te waarderen. De uitvoering van de sociale zekerheid vindt meer en meer plaats met het mes op tafel, het procederen bij een geschil over de sociale zekerheid evenzeer. Dat niet omdat de tekst, de geschiedenis en het systeem van de Awb daartoe dwingen, maar omdat de Afdeling bestuursrechtspraak een bestuursvriendelijke en burgeronvriendelijke koers is gaan varen, en de Cen-

trale Raad daar enigszins achteraan hobbelt. Daardoor wordt het met het mes op tafel besturen en procederen niet ontmoedigd, integendeel. Deze ontwikkeling heeft al met al niet tot een verbetering van de positie van de burger geleid. Zoals gezegd, is de enige oplossing een minder strenge benadering van de burger in tweepartijengeschillen, desnoods dan maar ten koste van de harmonisatie, afstemming en eenheid van het bestuurs(proces)recht.

Hete soep en hete brij

Het vertrouwensbeginsel in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad van Beroep

Frank Vermeer

19.1 Inleiding

Een burger die rond de jaren 70-90 van de vorige eeuw een beroep deed op vertrouwen, opgewekt door of namens een bestuursorgaan, had een behoorlijk sterke zaak. Uitgangspunt in de jurisprudentie van de Afdeling bestuurspraak en de Centrale Raad van Beroep was dat op goede gronden berustende verwachtingen ‘zo enigszins mogelijk’ moesten worden gehonoreerd.¹ Ook als het ging om een toezegging door een onbevoegde ambtenaar of bestuurder, was de zaak lang niet kansloos. In de benadering van de Afdeling bestuurspraak was destijds een ontwikkeling te bespeuren die wees op een toenemende aanvaarding van bescherming van onbevoegd opgewekt vertrouwen op grond van de schijn van bevoegdheid. De jurisprudentie van Afdeling en Raad op het vlak van de contra-legemwerking van het vertrouwensbeginsel liet, hoewel terughoudend geformuleerd, eveneens ruimte voor binding van het bestuursorgaan.²

Als gezocht wordt naar een verklaring voor deze relatief sterke werking van het vertrouwensbeginsel, biedt een rapport van een commissie van de *Stichting centrum voor onderzoek van het Sociaal zekerheidsrecht* onder voorzitterschap van Frits Noordam waardevolle aanknopingspunten.³ De commissie stelt vast dat de moderne verzorgingsstaat in bestuursrechtelijk opzicht niet meer past in het concept van de klassieke rechtsstaat, waarin de legaliteit van al het bestuurshandelen maximale gelding heeft. In dat concept zijn de functies wetgeving, uitvoering en bestuurspraak in balans. Het toegenomen belang van contra-legemhandelen vindt – aldus de commissie – zijn verklaring in verschuivingen die in de loop der

1 CRvB 17 november 1978, RSV 1979/49; ARRvS 1 oktober 1986, Gst. 6847.9, m.nt. Teunissen (nog zonder het ingebouwde voorbehoud ‘zo enigszins mogelijk’).

2 Contra legem: in strijd met wetgeving in materiële zin.

3 Rapport ‘Contra legem-uitvoering van het sociaal zekerheidsrecht’, Publikaties SCOSZ (1985), p. 55 e.v. (met veel verwijzingen naar bronnen waaruit de commissie heeft geput).

tijd met betrekking tot deze functies hebben plaatsgevonden als gevolg van in de eerste plaats de enorme uitbreiding van de overheidstaak bij de ordening van de samenleving, wat nieuwe instrumenten voor de uitvoering van de bestuurstaak heeft opgeleverd, zoals beleidsregels.⁴ Voorts zijn van belang de versterking van de positie van het individu in zijn relatie tot het bestuur, en – mede als gevolg daarvan – de verschuiving in de rechtspraak van controle op wetmatigheid van het bestuur, via de rechtmatigheidcontrole naar een rechtsbescherming van de burgers tegen de overheid.⁵

De afgelopen jaren hebben zich ontwikkelingen in de jurisprudentie afgetekend die erop kunnen duiden dat de sterke werking van het vertrouwensbeginsel op zijn retour is. In zijn opstel *Is de burger beter af onder het bestuursrecht van 2004 dan onder dat van 1993?* stelt Damen dat het vertrouwensbeginsel in de jurisprudentie zo ver is uitgehold dat we rustig kunnen zeggen dat het is afgeschaft. De rechtspositie van de burger wordt daardoor volgens hem verzwakt: uit de jurisprudentie zou volgen dat ‘slechts aan mededelingen, gedaan door een bestuursorgaan zélf of krachtens uitdrukkelijk mandaat namens het bestuursorgaan, een rechtens relevant vertrouwen kan worden ontleend.’⁶ Schlössels wijst erop dat deze ontwikkeling de geloofwaardigheid van openbaar bestuur aantast: ‘Een dienend bestuur behoort voor zijn organisatie verantwoordelijkheid te nemen, in te staan voor adequate en betrouwbare informatieverstrekking en zich niet voor van alles en nog wat te “exonereren”.’⁷

Dat zijn sombere signalen, maar is het beeld dat zij oproepen juist? Heeft het vertrouwensbeginsel in de jurisprudentie van de hoogste bestuursrechters de afgelopen jaren aan betekenis ingeboet? Hebben overigens de diverse bestuursrechters over het een en ander steeds dezelfde opvatting? Daarover gaat dit artikel. Centraal staan daarbij overeenkomsten en verschillen in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad van Beroep over de werking van het vertrouwensbeginsel in contra-legemsituaties en bij inlichtingen en toezeggingen door onbevoegde ambtenaren.

4 In de huidige tijd zijn in dit verband van belang – voeg ik toe – de ontwikkeling van de overheidscommunicatie, gericht op voorlichting van het publiek over beleid, regelgeving en besluitvorming.

5 Zie hiervoor ook A.M. Donner, ‘Inleiding’, *RM Themis* 1984, p. 457-466. Donner heeft erop gewezen dat het vertrouwensbeginsel onder de naam ‘Vertrauensschutz’ het eerst in Duitsland bijzondere erkenning heeft gevonden en gezien moet worden als reactie op het legaliteitsdenken dat daar in de periode 1933-1945 tot een ‘machteloos toezien bij legaal onrecht’ had geleid.

6 L.J.A. Damen, ‘Is de burger beter af onder het bestuursrecht van 2004 dan onder dat van 1993?’, *NTB* 2004, 24.

7 R.J.N. Schlössels, ‘Beginselen van behoorlijk bestuur’, *NTB* 2004, 41.

19.2 Het vertrouwensbeginsel

Het vertrouwensbeginsel is een species van een van de fundamentele beginselen van de rechtsstaat: het rechtszekerheidsbeginsel. Gewoonlijk wordt het rechtszekerheidsbeginsel onderscheiden in het formele rechtszekerheidsbeginsel en het materiële rechtszekerheidsbeginsel.⁸ Het vertrouwensbeginsel kan gezien worden als een verschijningsvorm van het materiële rechtszekerheidsbeginsel, dat zijn oorsprong vindt in de rechtsstaatgedachte dat de burger beschermd dient te worden tegen overheidswillekeur. De burger moet er zeker van kunnen zijn dat het geldende recht wordt toegepast en zijn rechtspositie niet in zijn nadeel op onvoorspelbare wijze of met terugwerkende kracht wordt gewijzigd.

Ziet het beginsel van de materiële rechtszekerheid op zowel de wetgevende taak als de bestuurstaak van de overheid, de term ‘vertrouwensbeginsel’ wordt juist vaak gebruikt in de situatie dat de overheid in het kader van zijn bestuurstaak het recht door enig – veelal feitelijk – handelen of nalaten jegens een burger heeft geconcretiseerd (toezeggingen, het nalaten van handhaving). Anders gezegd: de term vertrouwensbeginsel als verschijningsvorm van de materiële rechtszekerheid wordt doorgaans gebruikt in een geïndividualiseerde rechtsbetrekking. In die concrete rechtsbetrekking kan het vertrouwensbeginsel eigen kenmerken vertonen en wel zo dat het onder omstandigheden – op grond van een afweging van belangen – een groter gewicht heeft dan het meer algemene beginsel van de materiële rechtszekerheid en kan leiden tot een contra-legemsituatie. Het materiële rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel vallen dus niet steeds samen.

Het vertrouwensbeginsel wordt hier gedefinieerd als: het algemene beginsel van behoorlijk bestuur dat gerechtvaardigde verwachtingen van een burger, opgewekt door handelen of nalaten van de overheid, zo enigszins mogelijk, moeten worden gehonoreerd. Het beginsel is absoluut noch statisch van aard. De in de definitie opgenomen term ‘gerechtvaardigde verwachtingen’, en met name de woorden ‘zo enigszins mogelijk’, geven aan dat steeds een afweging moet worden gemaakt tussen het belang van degene bij wie de verwachtingen zijn gewekt en andere relevante belangen. Bij deze laatste belangen gaat het meer in het bijzonder om het algemeen belang, waaronder mede wordt begrepen de belangen van derden. De waardering van die belangen kan onder invloed van maatschappelijke ontwikkelingen of een veranderde visie op de verhouding tussen overheid en burger, van periode tot periode verschillen. Het begrip ‘overheid’ behoeft uiteraard een nadere juridische invulling.

⁸ Het formele rechtszekerheidsbeginsel ziet op een duidelijke begrenzing (van de uitoefening) van de bestuursbevoegdheid en op de ondubbelzinnigheid in de bepaling van de rechtspositie van de burger. In het vereiste dat besluiten, meer in het bijzonder beschikkingen, duidelijk en niet voor tweeërlei uitleg vatbaar moeten zijn, laat het beginsel van de formele rechtszekerheid zich vooral kennen.

19.3 Uitgangspunten

In de praktijk kunnen verschillende factoren complicerend werken voor de vraag óf en waardoor verwachtingen bij een burger zijn gewekt. Is er überhaupt wel een toezegging gedaan, hoe is dat gegaan, wie heeft de toezegging gedaan, is de burger volledig geweest in zijn informatieverstrekking aan het bestuursorgaan, etc.? Daarnaast is van belang dat de (bindende) kracht die van de toezegging uitgaat afhankelijk is van de aard van de toezegging. Gaat het om een eenmalige of aflopende beschikking (waaraan vanwege het beschikkingskarakter sterke binding toekomt), of om algemene ongerichte informatie over de toepassing van bepaalde wettelijke voorschriften, of slechts om een opmerking van de wethouder op het verjaardagsfeestje van zijn schoonmoeder?⁹ Voor dit artikel wordt ervan uitgegaan dat de inhoud van de toezegging of mededeling tijdens de overheid ondubbelzinnig, ongeclausuleerd en onomstreden is, de burger niet redelijkerwijs had moeten begrijpen dat deze toezegging of mededeling onjuist was, terwijl hij alle relevante informatie (tijdig) aan de overheid heeft verstrekt.¹⁰

Een tweede uitgangspunt is dat als door of namens het bevoegde bestuursorgaan gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt, het beeld volgens de jurisprudentie voor de burger bestendig positief is. In de regel zal het beroep op het vertrouwensbeginsel slagen, tenzij een contra-legemsituatie ontstaat of (onder omstandigheden) omdat niet is gedisponeerd.¹¹ Ten slotte kan in bijzondere gevallen in aan het algemeen belang ontleende gronden een rechtvaardiging worden gevonden voor schending van het vertrouwen.¹²

9 Zeer bruikbaar is de ‘schaal’ van Nicolaï waarop de kracht van het gewekte vertrouwen afneemt naar de volgorde van een negental door hem onderscheiden handelingen van de overheid (P. Nicolaï, *Begin-selen van behoorlijk bestuur*, 1990, p. 365-366).

10 Zie voor het vereiste van de ondubbelzinnige en ongeclausuleerde toezegging CRvB 17 februari 1994, AB 1994, 323 m.nt. HH; CRvB 7 december 2004, JWWB 2005, 30.

11 Zie voor enige actuele uitspraken: ABRvS 8 september 2004, AB 2004, 458 m.nt. Kortmann: verwachtingen gewekt door overeenkomst tussen A en minister van V en W dienen gehonoreerd te worden; CRvB 29 april 2004, JB 2004, 245: algemene informatie in toelichting op beleidsregel rechtvaardigt, nu deze voldoende is toegespitst op het geval van appellant, een beroep op vertrouwensbeginsel; zie voor een overzicht van de iets oudere jurisprudentie: H.J.H. van Meegen, ‘Het vertrouwensbeginsel. Ontwikkelingen in de jurisprudentie’, JB plus 2001, p.19-31. Aan het dispositievevereiste lijkt ten nadele van de burger die het vertrouwensbeginsel aanvoert de afgelopen jaren meer gewicht te worden toegekend. Zie voor voorbeelden van gevallen waarin de rechter het feit dat niet is gedisponeerd laat meewegen in zijn oordeel dat het vertrouwensbeginsel niet is geschonden: ABRvS 26 februari 2003, AB 2003, 265 m.nt. Van der Grinten; CRvB 18 december 1997, AB 1998, 124 m.nt. Bröring; CRvB 19 juli 2001, TAR 2001, 141; CBB 12 september 2003, AB 2004, 25 m.nt. Van der Veen. In CRvB 25 januari 2001, JB 2001, 77 m.nt. Schlössels, weegt het gedisponeerd hebben mee ten gunste van de toepassing van het vertrouwensbeginsel. Het dispositievevereiste is overigens naar mijn oordeel geen *voorwaarde* voor de werking van het vertrouwensbeginsel, maar een factor die in de belangenafweging aan de orde komt. Zie daarvoor uitvoeriger R.J.N. Schlössels, ‘Beginselen van behoorlijk bestuur’, NTB 2004, 2.

12 Zie nader Damen, *Bestuursrecht 1*, 2005, p. 445 e.v.

19.4 Toezeggingen van het bestuursorgaan contra legem

De honorering van vertrouwen, resulterend in een contra-legemsituatie, is gezien vanuit de optiek van het legaliteitsbeginsel problematisch. Het legaliteitsbeginsel wordt hier opgevat als het beginsel dat voor het bestuurshandelen – in ieder geval als door het bestuur wordt ingegrepen in de vrijheid van burgers – een wettelijke grondslag is vereist, mede uit een oogpunt van gelijkheid en rechtszekerheid.

Bestuursorganen in de rechtsstaat dienen zich te houden aan alle rechtsregels, ongeschreven en geschreven. Daarom staan daar waar zowel een contra-legemsituatie als het vertrouwensbeginsel zich presenteren, twee beginselen tegenover elkaar: het legaliteitsbeginsel dat vereist dat conform de wet wordt gehandeld en het vertrouwensbeginsel dat vergt dat gerechtvaardigd gewekt vertrouwen wordt gehonoreerd. Het bestuursorgaan zal moeten afwegen aan welk beginsel het voorrang geeft.¹³ Er is geen ijzeren regel die bepaalt hoe deze afweging dient uit te vallen. In het algemeen echter zal aan het legaliteitsbeginsel het grootste gewicht moeten toekomen op grond van de overweging dat de democratische legitimering die wetgeving heeft, uitstijgt boven het vertrouwen dat in een individueel geval door een bestuursorgaan is gevestigd. Een meer pragmatisch motief voor het primaat van het legaliteitsbeginsel is dat het een dam opwerpt tegen opzettelijke bevoordeling van een burger in strijd met de wet.

Daartegenover kan worden gesteld dat afwijking van de wet in een incidenteel geval ten gunste van de burger, de algemeen verbindende werking van de wet als zodanig doorgaans onaangetast laat.¹⁴ Wat dat betreft is een stelselmatig handelen in strijd met de wet (bijvoorbeeld het op grote schaal toelaten van permanente bewoning van voor recreatiedoeleinden bestemde woningen) voor de functie van de wet, veel bedreigender. Evenmin wordt in een dergelijk incidenteel geval het legaliteitsbeginsel als waarborg tegen willekeurig overheidsoptreden ondergraven, nu immers als gevolg van de contra-legemwerking van het vertrouwensbeginsel niet méér maar juist minder wordt ingegrepen in de vrijheid van de burger. Voorts geldt dat als belangen van derden niet worden geschonden, het rechtszekerheidsbeginsel als beginsel dat deel uitmaakt van het legaliteitsbeginsel, van geringe betekenis is. Ten slotte moet worden bedacht dat het gelijkheidsbeginsel inhoudt dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld *naar de mate van hun gelijkheid*. Het beginsel vormt aldus niet alleen de basis voor gelijke behandeling van gelijke gevallen, maar tevens voor differentiatie als sprake is van ongelijke geval-

13 Zie ook A.J. Bok, 'Het vertrouwensbeginsel, een beginsel op tegenspraak', in: Schlössels, Bok, Van Geest en Hillegers (red.), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*.

14 Vgl. HR 14 april 1989, AB 1989, m.nt. Van der Burg, NJ 1989 m.nt. Scheltema, Gst. 6886.3 m.nt. Damen, AA 1989, p. 578-592 m.nt. Hirsch Ballin.

len. En dat is precies wat zich in situaties van opgewekt vertrouwen kan voordoen: een burger is als gevolg van door de overheid opgewekt vertrouwen in een positie gekomen, waarin hij zich onderscheidt van andere burgers.

Ik zou menen dat in deze situaties alle genoemde aspecten, tezamen met de persoonsgebonden belangen van de burger, in ogenschouw moeten worden genomen bij de beantwoording van de vraag of bij een botsing tussen vertrouwensbeginsel en wettelijk voorschrift, al dan niet voorrang moet worden gegeven aan de werking van het vertrouwensbeginsel. Daarbij komt aan het legaliteitsbeginsel weliswaar bijzondere, maar niet per definitie beslissende, betekenis toe.

19.5 Hoe denkt de rechter hierover?

De Centrale Raad van Beroep heeft al jaren geleden uitgemaakt dat in bijzondere gevallen strikte toepassing van de wet in die mate in strijd kan komen met het ongeschreven recht dat zij op grond daarvan geen rechtsplicht meer kan zijn. Dat kan zich voordoen indien vanwege het bevoegde orgaan ten aanzien van betrokkene uitdrukkelijk, ondubbelzinnig en ongeclausuleerd inlichtingen zijn verstrekt die bij hem gerechtvaardigde verwachtingen hebben gewekt.¹⁵ In recente uitspraken is deze benadering bevestigd.¹⁶

Intussen stuiten we weliswaar met enige regelmaat op deze plechtige woorden, maar brengen zij de Raad ooit tot de conclusie dat in een concreet geval de wet buiten toepassing moet blijven? Op het eerste gezicht zelden! Een van de spaarzame recente voorbeelden biedt een uitspraak uit 2001, waarin met toepassing van de ‘geen- rechtsplichtformule’, werd geoordeeld dat aan een burger ten onrechte een wettelijk verplichte AWBZ-bijdrage in rekening was gebracht, nu betrokkene niet wist en niet behoefde te weten dat hij die bijdrage verschuldigd was.¹⁷ Bij nadere beschouwing van de jurisprudentie blijkt er echter meer leven in de brouwerij te zitten. In verschillende uitspraken, bijvoorbeeld betreffende de vergoeding in strijd met de wet van voor een patiënt noodzakelijke geneesmiddelen (bij afwezigheid van een alternatief) vernietigt de Raad weliswaar het besluit wegens strijd met art. 3:2 of art. 3:46 Awb, maar volgt uit de motivering van de uitspraak dat het in wezen gaat om een vernietiging op grond van de ‘geen-

15 CRvB 18 februari 1975, AB 1975, 243 m.nt. Stellinga: het vertrouwensbeginsel vordert dat, in strijd met de wet, een *belastende* beschikking *niet* wordt genomen; CRvB 17 november 1982, RSV 1983/34: het vertrouwensbeginsel vordert dat, in strijd met de wet, een *begunstigende* beschikking *wordt* genomen; CRvB 7 november 1975, RSV 1976/115; CRvB 10 maart 1998, JABW 1998, 83; in CRvB 2 februari 2004, TAR 2005, 68, gebruikt de Raad een andere formulering: een afwijking van de wettelijke regels moet aan strenge eisen voldoen.

16 CRvB 28 september 2000, AB 2001, 49 m.nt. Bröring.

17 AB 2001, 377; zie ook CRvB 20 januari 1994, AB 1994, 259.

rechtsplichtformule'. Een verklaring voor deze indirecte toepassing van de formule kan zijn dat de rechter ongaarne de verdenking op zich laadt wetgever-plaatsvervanger te willen spelen, en daarom wetgeving niet wegens strijd met een algemeen rechtsbeginsel buiten toepassing zal laten, maar onder gebruikmaking, als schot voor de boeg, van de 'geen-rechtsplichtformule', zijn toevlucht zoekt tot vernietiging wegens een formeel gebrek. Het bestuursorgaan zal vervolgens als het verstandig is in de beslotenheid van de ambtelijke burelen de zaak netjes kunnen oplossen.¹⁸

Met het vorenstaande is de contra-legemjurisprudentie van de Raad nog niet uitgeput. Het is al jaren vaste rechtspraak van de Raad dat de intrekking van een uitkering op grond van gemaakte fouten in beginsel niet met terugwerkende kracht mogelijk is.¹⁹ In het verlengde daarvan liggen zijn uitspraken waarin op grond van gewekt vertrouwen, bij wijze van overgangperiode voor kortere of langere tijd in strijd met de wet een uitkering moet worden verstrekt.²⁰

Wat we in deze uitspraken zien is dat een burger in strijd met de wet een uitkering heeft genoten en deze mag behouden, respectievelijk in strijd met de wet toekenning van een uitkering dient plaats te vinden of moet worden voortgezet, dan wel geen betaling mag worden gevorderd van verschuldigde bedragen. Doorslaggevend is veelal dat betrokkene op enigerlei wijze heeft gedisponeerd: hij heeft iets gedaan wat hij anders zou hebben nagelaten (geld uitgegeven), of iets nagelaten wat hij anders zou hebben gedaan (sparen voor zijn oude dag).²¹

De Raad is dus, zo moet op grond van de besproken jurisprudentie worden geconcludeerd, zeker niet principieel van oordeel dat de wet steeds prevaleert boven een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. In zijn rechtspraak door de jaren heen is ruimte voor een meer genuanceerde benadering, waarin bij de afweging van de tegenover elkaar staande beginselen, het belang van het legaliteitsbeginsel onder omstandigheden minder gewicht heeft dan het belang van het vertrou-

18 CRvB 5 november 2003, RSV 2004/44.

19 CRvB 9 juni 1994, TAR 1994, 174.

20 Zie CRvB 31 oktober 2001, AB 2002, 264 m.nt. FP: de SVB had aan A informatie verstrekt over de grondslag van zijn ouderdomspensioen. Enige jaren later toen het pensioen aan A werd toegekend, bleek het aantal pensioenjaren lager dan was toegezegd. Het nadeel voor betrokkene was groot, omdat hij geen maatregelen had kunnen nemen om de schade te voorkomen, bijvoorbeeld door zich te verzekeren. De SVB paste een beleidsregel toe waarbij het pensioen in een tijdsbestek van een jaar werd afgebouwd naar het pensioen waarop wettelijk recht bestond. De Raad achtte de vaststelling van deze termijn in strijd met art. 3:2 Awb, aangezien onvoldoende was onderzocht of de beleidsregel zonder meer kon worden toegepast op betrokkene's situatie, dat ook in verband met de onmogelijkheid zich aan te melden te verzekeren. Op het gebied van de handhaving is interessant CRvB 5 januari 2006, LJN: AU9494: oplegging bestuurlijke boete in strijd met rechtszekerheidsbeginsel, aangezien de UWV de handelwijze van gedaagde jarenlang heeft geaccepteerd.

21 Vgl. CRvB 19 juli 2001, TAR 2001, 141. De eisen op het vlak van dispositie en financieel nadeel gelden overigens niet bij belastende beschikkingen die wegens strijd met het vertrouwensbeginsel niet genomen mogen worden. Zie ook het genoemde SCOSZ-rapport, p. 44.

wensbeginsel. De verklaring hiervoor lijkt in de eerste plaats te zijn dat het in die kwesties één-op-éénrelaties betreft, zodat door het rechtszekerheidsbeginsel beschermde belangen van individualiseerbare derden niet worden geschaad. Bovendien gaat het om begunstigend overheidsoptreden waarbij het legaliteitsbeginsel een minder pregnante rol speelt. Het gelijkheidsbeginsel manifesteert zich hier door de notie dat ongelijke gevallen ongelijk moeten worden behandeld en wel naar de mate van hun ongelijkheid. Het zwaarwegende persoonlijke belang van de burger ligt in het feit dat zijn gezondheid ernstig wordt bedreigd of dat hij wordt benadeeld op het vitale gebied van zijn bestaanszekerheid.²²

De Afdeling (bestuurs)rechtspraak heeft grofweg te maken (gehad) met twee typen besluiten: 1. besluiten van financiële aard in één-op-éénrelaties (bijv. subsidiebesluiten); 2. besluiten, waarbij belangen van derden in meerdere of mindere mate zijn betrokken. Na aanvankelijk de contra-legemtoepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur van de hand te hebben gewezen, heeft de Afdeling rechtspraak die toepassing in de jaren tachtig enige tijd aanvaard.²³ Kennelijk was de Afdeling daarbij nog zoekende naar een vaste koers, omdat uit dezelfde periode ook uitspraken stammen waarin wordt overwogen dat het beginsel van behoorlijk bestuur 'niet zo ver strekt dat daaraan aanspraak zou kunnen worden ontleend op verkrijging van een vergunning welke niet anders dan in strijd met de wet zou kunnen worden verleend'.²⁴

Vanaf omstreeks 1995 houdt de Afdeling echter strak vast aan haar standpunt dat een imperatief wettelijk voorschrift niet op grond van beginselen van behoorlijk bestuur buiten toepassing kan worden gelaten, zij het dat incidenteel een soepeler opvatting opduikt.²⁵ In een uitspraak uit 2004 (Caravan/Chaletpark De Haspel) overwoog de Afdeling expliciet en ongeclausuleerd: 'Toezeggingen in strijd met wettelijke bepalingen rechtvaardigen (...) geen beroep op het vertrouwensbeginsel.'²⁶ In 2003 (Bouwplan Agostinho Netostraat Utrecht) werd nog een

22 Bovendien hakt de Centrale Raad van Beroep evenals de Hoge Raad als belastingrechter voortdurend met het contra-legembijltje gezien het grote aantal beleidsmatige afwijkingen van de wet die op het gebied van de sociale zekerheid en het belastingrecht plegen te worden toegepast. Een zekere psychologische dispositie voor het contra-legemwerk kan dus verondersteld worden.

23 Bij subsidiebeschikkingen en overschrijdingen van wettelijke beroepstermijnen. Zie ARRvS 28 maart 1977, AB 1977, 304 m.nt. Van der Veen (afwijzing van de contra-legemwerking); ARRvS 1 augustus 1987, Gst. 6860.3 m.nt. Brederveld (aanvaarding contra-legemwerking); ARRvS 11 juni 1985, 558 m.nt. Stellinga.

24 ARRvS 14 februari 1989, Gst. 6885.6 m.nt. Brederveld.

25 ABRvS 16 november 1995, AB 1996, 288 m.nt. Jurgens; ABRvS 23 januari 2002, JB 2002, 87 m.nt. Albers. Zie voor een witte raaf ABRvS 31 januari 1997, JABW 1997, 74.

26 ABRvS 11 februari 2004, NJB 2004, afl. 12, 20. In deze uitspraak ging het om de vraag of een toezegging door B&W dat voor het houden op een kampeerterrein van 38 chaletcaravans vergunning zou worden verleend op grond van de Wet op openlucht recreatie, welke toezegging in strijd met de wet was, gerechtvaardigd vertrouwen kon wekken.

omzichtiger formulering gekozen: ‘dat in gevallen als het onderhavige, waarin de belangen van derden een rol spelen, het vertrouwensbeginsel slechts een beperkte betekenis toekomt.’²⁷ Waarom deze strakke opvatting wordt gehuldigd weten we niet: er is geen wetgeving die de werking van het vertrouwensbeginsel heeft gemitigeerd, terwijl de Afdeling in haar uitspraken zwijgt over de motieven die voor haar leidend zijn geweest.²⁸ Mogelijk is de balans ten gunste van het legaliteitsbeginsel doorgeslagen uit de behoefte grenzen te stellen aan het ontstaan van allerlei buitenwettelijke situaties, zoals de Afdeling dat ook heeft gedaan toen zij – eveneens medio jaren negentig – ter bestrijding van de gedoogcultuur de beginselplicht tot handhaving introduceerde.

Wat van deze jurisprudentie te denken? In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat de beslissing van 2004 inzake Caravan/Chaletpark De Haspel zo stringent is geformuleerd dat hij ook één-op-éénsituaties omvat. Aldus wordt het primaat van de wet te ver doorgevoerd. De jurisprudentie van Centrale Raad van Beroep is wat dat aangaat vanuit rechtsstatelijk perspectief veel evenwichtiger.²⁹ Maar ook los daarvan ben ik het met de absolute benadering van de Afdeling oneens. Duidelijke rechtspraak is goed, ongenueerde rechtspraak onrechtvaardig. Ik acht de gekozen formulering principieel onjuist omdat de beginselen van de rechtsstaat vereisen dat ook in contra- legemgevallen altijd een afweging van belangen respectievelijk van de daaraan ten grondslag liggende rechtsstatelijke beginselen, behoort plaats te vinden. Het primaat van de wet is daarbij vertrekpunt, geen eindpunt. Denkbaar is dat bij een groot gerechtvaardigd belang van de fidens waartegenover een gering algemeen belang of belang van derden staat, voorrang moet worden gegeven aan het opgewekt vertrouwen en tot vergunningverlening moet worden besloten.

Het bloed kruipt waar het niet gaan kan. Weliswaar is het volgens de Afdeling niet mogelijk op grond van gewekt vertrouwen contra legem een vergunning te verlenen, maar komt het aan op handhaving dan wordt de soep soms veel minder heet gegeten dat ze wordt opgediend. Al enige jaren treffen we met zekere regelmaat uitspraken van de Afdeling aan waarbij is beslist dat indien na een periode van gedogen alsnog wordt gehandhaafd, afhankelijk van de duur van de gedoogtermijn en de overige omstandigheden van het geval, aan de overtreder een over-

27 ABRvS 25 juni 2003, JB 2003, 226 (toezegging vrijstelling ex art. 19 lid 3 WRO te verlenen).

28 In Europese wetgeving is de ruimte voor toepassing van het vertrouwensbeginsel uiterst beperkt. Zie daarvoor Jans, De Lange, Prechal & Widdershoven, *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, 2002, p. 215; P.A. Adriaanse, *Handhaving van EG-recht in situaties van onrechtmatige staatssteun*, 2006, p. 110 e.v.

29 Ook het CBB en de HR (in belastingzaken) staan niet principieel afwijzend tegenover de contra- legemwerking van het vertrouwensbeginsel in ‘één-op-éénsituaties’. Zie CBB 12 september 2004, AB 2004, 25 m.nt. JHvdV; HR 12 april 1978, BNB 1978, 135-137 en met name HR 26 september 1979, BNB 1979, 311 m.nt. Scheltens, AB 1980, 210 m.nt. Stolk; HR 18 april 1984, BNB 1984, 197.

gangstermijn moet worden gegund, waarin hij zich kan instellen op de nieuwe situatie.³⁰ Gedurende deze termijn wordt de illegale toestand gecontinueerd. Van bijzonder belang in dit verband is dat de Afdeling haar nieuwe beginselplicht-formulering (zomer 2004) heeft aangegrepen (of juist met het oog daarop heeft geïntroduceerd) om binnen de belangenafweging ex art. 3:4 lid 2 Awb meer ruimte te bieden voor de werking van algemene beginselen van behoorlijk bestuur als het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. Toepassing van beide beginselen heeft in verschillende zaken geleid tot situaties die voor onbepaalde of ten minste lange tijd de facto in strijd zijn met de wet.³¹ Natuurlijk, handhaving is een bevoegdheid en geen verplichting, daarom is de beslissing om niet te handhaven op zichzelf niet strijdig met de wet, maar de consequenties van die beslissing zijn dat wel. Het verschil met de contra-legemsituatie pur sang is daardoor uiterst gering.³²

Ik pleit ervoor om in gevallen als deze de fidens die in een uitzonderlijke positie verkeert – zijn belang is groot, terwijl zijn situatie door de toezegging ongelijk is aan die van anderen – in een zo vroeg mogelijk stadium zekerheid te bieden over zijn rechtspositie (en dus geen verstopperij te spelen via de handhavingsbevoegdheid). Een voorwaarde is wel dat belangen van derden niet of niet noemenswaard worden geschaad. Zoals de Raad er geen been in ziet in bijzondere gevallen op grond van gewekt vertrouwen tegenwettelijk een uitkering te doen verlenen, zo bestaat er geen bezwaar tegen in bepaalde situaties contra legem een vergunning te verlenen. In ieder geval mag van het bestuursorgaan worden verwacht tegelijkertijd met een negatieve beslissing omtrent de vergunning, te beslissen over de vraag of zal worden gehandhaafd en of de schade die het gevolg is van het niet honoreren van het gewekte vertrouwen (ook als sprake is van een gebonden beslissing) wordt vergoed.

30 ABRvS 17 december 2003, Gst. 7207.79 m.nt. Teunissen; ABRvS 5 november 2003, AB 2004, 243 m.nt. Vermeer.

31 ABRvS 16 maart 2005, ABkort, 216 (vertrouwensbeginsel); ABRvS 27 juli 2005, LJN AU102 (vertrouwensbeginsel); ABRvS 14 september 2005, AB 2005, 409 m.nt. Vermeer (gelijkheidsbeginsel); ABRvS 19 oktober 2005, AB 2006, 59 m.nt. Vermeer (gelijkheidsbeginsel); ABRvS ABRvS 2 november 2005, nr. 200405782/1 (vertrouwensbeginsel).

32 Een voorbeeld biedt ABRvS 20 april 2005, AB 20 april 2005, 356 m.nt. Vermeer: appellant had gesteld dat ambtenaren van de afdeling Havens en Vaarwegen van de gemeente Zaandam hem hadden meegedeeld dat hij voor een perceel aan de Zaan een kotter mocht afmeren. Het perceel (met woning) was vervolgens op grond van deze informatie door appellant gekocht. B&W waren het oneens met de door hun ambtenaren verstrekte informatie en weigerden in te stemmen met het afmeren ter plaatse van de kotter. De Afdeling oordeelde dat het afmeren inderdaad in strijd was met de APV. Zij voegde daaraan toe dat het beroep van appellanten op het vertrouwensbeginsel van betekenis is als tot handhaving wordt overgegaan. De gekozen bewoordingen doen vermoeden dat de Afdeling van oordeel is dat de informatie van de ambtenaren een belemmering vormt voor handhaving. Als we aannemen dat i.c. op grond van het vertrouwensbeginsel niet kan worden gehandhaafd, rijst de vraag of het niet onbillijk is de gevraagde toestemming niet aanstonds te verlenen.

19.6 Toezeggingen door onbevoegde ambtenaren

Bij de vraag of toezeggingen door onbevoegde ambtenaren de bij wet geregelde publiekrechtelijke bevoegdhedenstructuur kunnen doorbreken, gaan het legaliteitsbeginsel en het vertrouwensbeginsel opnieuw een confrontatie met elkaar aan. Zou men in situaties als deze het legaliteitsbeginsel voorop willen stellen, dan wordt het risico van de onbevoegde toezegging eenzijdig op de schouders van de burger gelegd. Ik acht dat alleen dan aanvaardbaar als bij de burger in redelijkheid geen gerechtvaardigde verwachting heeft kunnen ontstaan, omdat hij wist of had moeten weten dat de toezeggende functionaris onbevoegd was. De burger heeft met betrekking tot zijn wetenschap over de bevoegdheidsvraag een eigen verantwoordelijkheid in die zin dat indien redelijkerwijs twijfel kan bestaan over de (omvang van) de bevoegdheid van de ambtenaar, hij zich ter zake zekerheid moet verschaffen. Gegeven de complexiteit van het overheidsapparaat rust echter ook op de overheid een belangrijke taak in het aangeven van de bevoegdheidsgrenzen. Als de overheid haar organisatie zo inricht dat bepaalde taken worden verricht door ambtenaren, en aldus onder omstandigheden de schijn wordt gewekt dat de verstrekte informatie het standpunt van het bevoegde bestuursorgaan vertegenwoordigt, moet dat consequenties kunnen hebben voor de gebondenheid van het bestuursorgaan. In elke concrete zaak moet daarom op grond van alle relevante omstandigheden worden nagegaan hoe de risico's van onbevoegd gedane toezeggingen over bestuursorgaan en burger verdeeld moeten worden. In geen geval dient de overheid, om met Schlössels te spreken, zich bij voorbaat voor van alles en nog wat te kunnen 'exonereren'.

Richtinggevend behoort naar mijn smaak nog steeds het arrest Felix/Aruba te zijn.³³ De Hoge Raad achtte voor de vraag of de onjuiste veronderstelling van een burger dat een ambtenaar bevoegd is, voor rekening van de overheid kan komen, de volgende omstandigheden relevant: de gewekte schijn van bevoegdheid door het bestuursorgaan, de positie van de ambtenaar in de overheidsorganisatie, de complexiteit van de overheidsorganisatie bezien vanuit de optiek van de burger, en de nalatigheid aan de zijde van het bestuur om de derde tijdig opmerkzaam te maken op de onbevoegdheid van de ambtenaar.

Het heeft er een tijd naar uitgezien dat de Afdeling op dezelfde lijn zat als de Hoge Raad. Er zijn verschillende uitspraken uit de periode 1980-1990 waarin de Afdeling uitdrukkelijk aangaf dat ook al had een onbevoegde ambtenaar toezeggingen gedaan, het bestuursorgaan desondanks gebonden kon zijn, namelijk als de schijn was gewekt – door de houding van het bestuursorgaan of door de wijze van optre-

33 HR 27 november 1992, AB 1993, 287 m.nt. Van Schilgaarde, tBS 1992, BR 8 m.nt. Tak, AB Klassiek 2003, 27 m.nt. Damen (met veel jurisprudentie).

den van de ambtenaar – dat de ambtenaar wel bevoegd was.³⁴ Daarbij kon die schijn ook ontstaan zijn doordat het bestuursorgaan, wetende dat onbevoegd vertrouwen kon zijn gewekt, niets heeft gedaan om het werkelijk ontstaan van vertrouwen te voorkomen.³⁵

De Afdeling bestuursrechtspraak lijkt echter vanaf 1999 een benadering te hanteren die scherp geclausuleerd is. In een uitspraak van de voorzitter werd kortweg overwogen dat een toezegging door de ambtenaar geen bindende werking voor het bestuursorgaan had, omdat de burger wist of kon weten dat burgemeester en wethouders bevoegd waren te beslissen.³⁶ Van meer principiële betekenis is de uitspraak inzake de Eindhovense supermarkt van Albert Heijn uit 1999, waarin de Afdeling sterke beperkingen stelt aan de betekenis die aan ambtelijke toezeggingen kunnen worden toegekend.³⁷ Daarbij blijken de functie (het ‘niveau’) van de ambtenaren, de deskundigheid van de burger, de grootte van het belang van de burger (hoe groter zijn (financiële) belang, des te meer de burger zich ervan moet vergewissen dat de ambtenaren bevoegd zijn), belangrijke factoren zijn. Onder omstandigheden moet de burger om een schriftelijke bevestiging vragen van de ambtelijke mededelingen aan het bestuursorgaan of als het bestuursorgaan niets van zich laat horen, een ‘goed-begrepenbrief’ schrijven aan het bestuursorgaan (waarmee de Afdeling wel zeer eenzijdig de burger belast met risico’s van de mogelijk onjuiste inlichtingen).

De uitspraak inzake Eindhoven van 1999 vormt, hoewel tot op zeker hoogte inpasbaar in het arrest Felix/Aruba, een grenspaal in de Afdelingsjurisprudentie: de Afdeling heeft sedertdien – voor zover mij bekend – gedurende een reeks van jaren geen binding van het bestuursorgaan door toezeggingen van ambtenaren meer aangenomen.³⁸ Het is deze hete soep waaraan Damen en Schlössels hun monden brandden en die hen hun noodkreten deed slaken.³⁹

Er zijn echter tekenen dat de Afdeling haar koers opnieuw enigszins heeft verlegd en momenteel meer ruimte biedt voor binding aan ambtelijke toezeggingen.⁴⁰ Het gaat daarbij vooral om een beperking van de verplichting voor de bur-

34 Zie bijv. ARRvS 18 februari 1987, Gst. 6843.4 m.nt. Brederveld; ARRvS 20 januari 1986, Gst. 6836.4; ARRvS 1 oktober 1986, Gst. 6847.9 m.nt. Teunissen. Zie voor oudere klassiekers KB 1952, Stb. 32, Gst. 5158 en KB 9 januari 1984, AB 1984, 189 m.nt. Van der Net.

35 Zie bijv. ARRvS 1 augustus 1987, Gst. 6860.3 m.nt. Brederveld.

36 Vz. ABRvS 26 juli 1999, AB 2000, 139 m.nt. Damen.

37 ABRvS 2 september 1999, Gst. 7122.7 m.nt. Teunissen, Rawb 2000, 125 m.a. Peters.

38 Zie bijv. ABRvS 11 september 2002, AB 2003, 106 m.nt. De Gier; ABRvS 17 maart 2004, AB 2004, 142 m.nt. Van Hall; zie ook ABRvS 10 november 2004, AB 2005, 3 m.nt. De Gier.

39 Eenzelfde ontwikkeling heeft zich voorgedaan m.b.t. toezeggingen door onbevoegde bestuurders; zie bijv. ABRvS 4 februari 2004, Gst. 7206.72 m.nt. Rogier.

40 Momenteel: januari 2006 – maart 2006.

ger nader onderzoek bij het bestuursorgaan te doen naar de bevoegdheid van de ambtenaar of de juistheid van zijn informatie.

In de zaak Swifterband wordt de minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij gebonden geacht aan herhaaldelijk gedane mededelingen (contra legem!) van zijn ambtenaren over de wijze van indiening van een subsidieaanvraag. De Afdeling is van oordeel dat niet van de aanvrager kon worden verlangd de juistheid van deze inlichtingen nader te verifiëren.⁴¹

Opmerkelijker nog is de beslissing van de Afdeling die diep verscholen kan worden gevonden in de uitspraak inzake het bestemmingsplan ‘Buitengebied’ van de gemeente Haaksbergen. Volgens aan appellant verstrekte ambtelijke inlichtingen is de bestemming ‘Woondoeleinden’ onherroepelijk. Appellant koopt vervolgens een huis en gaat daarin wonen. De inlichtingen blijken onjuist. De Afdeling is van oordeel dat appellant in redelijkheid niet kan worden verweten dat hij, ondanks de verstrekte informatie, had moeten weten dat de bestemming ‘Woondoeleinden’ nog niet onherroepelijk was goedgekeurd. Onder deze omstandigheden zou handhaving in strijd komen met het evenredigheidsbeginsel. Op grond daarvan moet een passende bestemmingsregeling in het bestemmingsplan worden opgenomen.⁴²

Het oordeel van de Centrale Raad van Beroep over de ambtelijke toezeggingen kan nog het beste worden gekwalificeerd als ‘om de hete brij heen draaien’. De Raad overweegt de ene keer dat *vanwege* (of *van de kant* van) het bestuursorgaan mededelingen zijn gedaan – en daarmee lijkt de weg te worden opengehouden naar binding aan toezeggingen van onbevoegde ambtenaren –, de andere keer wordt scherp omljnd dat uitsluitend *door of namens* het bestuursorgaan inlichtingen moeten zijn verschaft.⁴³ In het merendeel van de uitspraken wordt gekozen voor de eerste en meest ruime formulering, maar intussen komt de Raad, voor zover ik in de gepubliceerde jurisprudentie heb kunnen vinden nooit tot de conclusie dat de uitlatingen van een onbevoegde ambtenaar het bestuursorgaan binden.⁴⁴ Een verklaring hiervoor zou kunnen zijn dat de Raad er bevreesd voor is dat bij een tegengestelde opvatting de uitvoeringsorganisaties hun beampten geen of slechts zeer summiere inlichtingen meer laten verstrekken.⁴⁵

41 ABRvS 13 oktober 2004, JB 2004, 374 m.nt. Verheij.

42 ABRvS 2 november 2005, nr. 200405782/1, r.o. 2.10.8.

43 ‘vanwege’: CRvB 2 november 2004, JWWB 2005, 6; ‘van de zijde’ of ‘van de kant’: CRvB 20 januari 2004, JSV 2004, 51; CRvB 8 maart 2005, JWWB, 180; ‘door of namens’: CRvB 6 juli 2004, JWWB 2004, 361.

44 ‘nooit’ (?): ik verwachtte incidenteel dergelijke uitspraken te vinden, maar dat is niet uitgekomen. In CRvB 10 december 2004, JB 2005, 52 wordt wel betekenis toegekend aan vanwege de hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep verstrekte schriftelijke, mondelinge (door ambtenaren!) en via internet verspreide informatie.

45 CRvB 25 augustus 1992, AB 1992, 617 m.nt. Sinninghe Damsté.

In het licht van mijn standpunt dat de overheid verantwoordelijk is voor haar eigen organisatie, juich ik de gesignaleerde tendens (hoe licht ook) in de rechtspraak van de Afdeling toe (en loop ik niet warm voor de jurisprudentie van de Raad). De overheid dient in mijn opvatting er zorg voor te dragen dat, als hij niet gebonden wenst te worden door ambtelijke inlichtingen, de burger daarover tijdig en volledig wordt geïnformeerd. Anders gezegd: de omstandigheid dat de overheid zo is georganiseerd dat burgers voor bepaalde vragen aangewezen zijn op inlichtingen van ambtenaren en het hoogst ongebruikelijk en (voor alle partijen!) onwerkzaam is een bevestiging te vragen aan het bestuursorgaan, behoort met zich mee te brengen dat het bestuursorgaan in beginsel door bepaalde ambtelijke toezeggingen is gebonden. Ik heb hier het oog op inlichtingen over de inhoud van besluiten van algemene strekking ((materiële) wetgeving, beleidsregels, bestemmingsplannen, procedures voor indiening van aanvragen) en hun toepassing in een concreet geval, tenzij de inlichtingen betrekking hebben op complexe vraagstukken met een sterk beleidsmatig karakter. De inlichtingen dienen: 1. afkomstig te zijn van ambtenaren, die gelet op hun functie geacht moeten worden bevoegd te zijn die inlichtingen te verstrekken; 2. verstrekt te zijn bij of naar aanleiding van een gericht (in beginsel) mondeling onderhoud over de betreffende kwestie. Een en ander leidt uitzondering als tijdig door of vanwege het bestuursorgaan is aangegeven dat binding voor dergelijke inlichtingen is uitgesloten.⁴⁶ In dat geval dient het bestuursorgaan – als de burger dat wenst – er zorg voor te dragen dat binnen redelijke termijn door de tot beslissen bevoegde instantie de verzochte informatie schriftelijk wordt gegeven. Als het bestuursorgaan binding niet heeft geëxoneerd, ligt het risico van onjuiste inlichtingen dus bij hem. Dat lijkt verder te gaan dan het gaat: het bestuursorgaan heeft het immers zelf in de hand binding voor inlichtingen door bepaalde ambtenaren of voor bepaalde kwesties uit te sluiten. In wezen is het niet meer dan een kwestie van kundige ambtenaren op de juiste plaats en een adequate communicatie.

Bij (complexe) vraagstukken met een sterk beleidsmatig karakter, is een andere benadering aangewezen. Normaal gesproken weet de burger in die aangelegenheden dat het bestuursorgaan in de besluitvorming een vitale rol speelt. In beginsel zal daarom in dit soort zaken uitsluitend een beslissing namens of van het bevoegde bestuursorgaan tot gebondenheid kunnen leiden. Dit kan anders zijn als door het bestuursorgaan de schijn is gewekt dat de ambtenaar bevoegd is. Gedacht kan worden aan de situatie dat de burger na gesprekken met het bestuursorgaan voor de verdere afhandeling van zijn aanvraag is verwezen naar een ambtenaar, of aan het geval dat na een periode van (langdurige) besprekingen met ambtenaren niet aan de burger kenbaar is gemaakt dat het bestuursor-

46 Voor de goede orde: hier gelden onverminderd de uitgangspunten als geformuleerd in par. 19.3 en de opmerkingen over de contra-legalisering van het vertrouwensbeginsel in par. 19.4.

gaan nog een beslissing moet nemen die kan afwijken van het ambtelijk oordeel.⁴⁷

19.7 Slot

Het vertrouwensbeginsel leidt in de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep geregeld tot een contra-legemsituatie. Bij een groot belang van de fidens en een gering algemeen belang of derdenbelang zou de Afdeling onder omstandigheden meer gewicht moeten toekennen aan het vertrouwensbeginsel dan aan het legaliteitsbeginsel.

De Afdeling lijkt in enkele recente uitspraken, meer dan de Raad, enige ruimte te bieden voor de mogelijkheid dat een bestuursorgaan is gebonden aan onbevoegd gedane ambtelijke toezeggingen. Juiste en volledige ambtelijke voorlichting is een kwestie van organisatie. De overheid is daarvoor primair verantwoordelijk. Behoudens bij (complexe) beleidsmatige kwesties en indien het bestuursorgaan tijdig en kenbaar binding heeft uitgesloten, is het gebonden aan toezeggingen van ambtenaren, die gelet op hun functie geacht moeten worden bevoegd te zijn die inlichtingen te verstrekken.

⁴⁷ Gaandeweg kan immers bij de burger de indruk ontstaan dat de zaak is besproken met en gefiatteerd door het bestuursorgaan.

De werkgever als bestuursorgaan

Bert Marseille en Enith van Wolde

20.1 Inleiding

De sociale zekerheid is een rechtsgebied waar wetswijzigingen elkaar in hoog tempo opvolgen. Opvallender is nog dat het wiel er zo vaak opnieuw wordt uitgevonden. ‘Het gaat niet om wat je niet meer kan, maar om wat je nog wel kan’,¹ is de slogan waarmee de overgang, per 1 januari 2006, van de WAO naar de WIA kracht wordt bijgezet.² Maar daar ging het een decennium geleden ook al om. Je hoeft er – in het kader van een willekeurige greep in de literatuur uit het verleden – de in 1994 verschenen tweede druk van *Inleiding Sociale-zekerheidsrecht* van Frits Noordam maar op na te slaan.³ In paragraaf 1.1.1 wordt al uit de doeken gedaan dat re-integratie een van de belangrijkste doelstellingen van de sociale zekerheid is. In hoofdstuk 3, waarin de WAO wordt behandeld, wordt uitgebreid stilgestaan bij de diverse instrumenten die de overheid ter beschikking staan om arbeidsongeschiktheid te voorkomen en re-integratie van arbeidsongeschikte werknemers te bevorderen. En in hoofdstuk 5 komen de talloze arbeidsrechtelijke verplichtingen van de werkgever in het kader van de re-integratie aan bod.

Regelingen en instanties waar in de tweede druk van *Inleiding Sociale-zekerheidsrecht* sprake van is (zoals de Bonus-Malus, de WAGW, de GMD en het Tica), bestaan allemaal al lang niet meer, maar arbeidsongeschiktheid bestaat nog steeds, en dus zijn voor de opheffen uitvoeringsorganisaties en afgeschafte wettelijke regelingen nieuwe uitvoerders en regelingen in de plaats gekomen, die per saldo meer met hun voorgangers overeenkomen dan dat ze ervan verschillen.

Wie eenmaal ontdekt heeft dat veel van wat in de sociale zekerheid als nieuw aan de man wordt gebracht, niet meer is dan oude wijn in nieuwe zakken, loopt het risico de werkelijke veranderingen over het hoofd te zien. Waar de WIA ten opzichte van de WAO in veel opzichten meer van hetzelfde is, bevat die wet toch

1 www.werkenaarvermogen.nl.

2 Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen, *Stb.* 2005, 572.

3 F.M. Noordam, *Inleiding Sociale-zekerheidsrecht* (2e druk), Deventer: Kluwer 1994.

ten minste op één punt een bijzondere primeur: de werkgever als bestuursorgaan. Deze bijdrage gaat over de betrokkenheid van de werkgever bij de uitvoering van publiekrechtelijke arbeidsongeschiktheidsregelingen in de hoedanigheid van bestuursorgaan. Daarbij zijn twee vragen aan de orde. De eerste vraag is of de promotie van de werkgever tot bestuursorgaan past in een ontwikkeling die zich kenmerkt door een geleidelijk sterker wordende betrokkenheid van de werkgever bij arbeidsongeschiktheid. De tweede vraag is of de werkgever zijn rol van bestuursorgaan zal kunnen waarmaken.

Ter beantwoording van die beide vragen wordt hieronder iets gezegd over de werkgever (paragraaf 20.2), over bestuursorganen (paragraaf 20.3) over de WIA (paragraaf 20.4) en over de discussie over de werkgever als bestuursorgaan in de WIA (paragraaf 20.5). Paragraaf 20.6 bevat een aantal concluderende opmerkingen.

20.2 De werkgever bij arbeidsongeschiktheid: van buitenstaander tot bestuursorgaan

De rol van de werkgever bij de arbeidsongeschiktheid van zijn werknemer is in de loop van de jaren veranderd. Kijken we naar de situatie zoals die een jaar of vijftien geleden was, dan is op het eerste gezicht wellicht verrassend te constateren hoeveel verplichtingen al op de werkgever rustten ter zake van zijn arbeidsongeschikte werknemer. Onder meer de Arbowet, de WAGW, het BW en de voor verschillende bedrijfstakken geldende cao's bevatten een keur aan verplichtingen van de werkgever ten opzichte van zijn arbeidsongeschikte werknemer.⁴ Voor al die verplichtingen gold echter dat ze konden worden gezien als uitvloeisel van de tussen werkgever en werknemers bestaande arbeidsverhouding, onder het motto 'de verantwoordelijkheid van een werkgever voor een bij hem in dienst zijnde werknemer houdt niet op zodra ziekte of arbeidsongeschiktheid haar intrede doet'.

Een eerste omslag in het denken over de aard van de betrokkenheid van de werkgever bij de arbeidsongeschiktheid van zijn werknemer vond plaats vanaf het moment dat de overheid zich serieus begon te interesseren voor de omvang van het aantal arbeidsongeschiktheidsuitkeringen. Hoewel ook daarvoor al aandacht bestond voor preventie (zie de Arbowet), werden vanaf het begin van de jaren negentig gerichte pogingen ondernomen om werkgevers tot voorbeeldige en succesvolle preventiebevorderaars te maken. De overheid beperkte zich niet langer tot het louter opleggen van inspanningsverplichtingen. Ook naar het resultaat werd gekeken. Eerst gebeurde dat via de Bonus-Malusregeling, inhoudend dat je als werkgever met een boete kon worden geconfronteerd als jouw werknemer arbeidsongeschikt werd, en dat je een premie kon verdienen als je iemand die

4 Noordam 1994, p. 150 e.v.

arbeidsongeschikt was, in dienst nam.⁵ Een paar jaar daarna werd het instrument van premiedifferentiatie ingezet, inhoudend dat de hoogte van de werkgeverspremie afhankelijk werd gesteld van het aantal werknemers dat in de bedrijfstak waar de werkgever deel van uitmaakte, arbeidsongeschikt werd.⁶ Daarnaast werd het voor werkgevers mogelijk gemaakt zelf zorg te dragen voor de betaling van de arbeidsongeschiktheidsuitkeringen van hun eigen werknemers. De werkgever kon, in het jargon, ‘eigenrisicodragers’ worden.⁷

Al die maatregelen hadden als doel de werkgever af te rekenen op het aantal arbeidsongeschikten in zijn bedrijf of bedrijfstak, en om hem zodoende te stimuleren alles in het werk te stellen om dat er zo weinig mogelijk te laten zijn. Het afrekenen van de werkgever maakte het onvermijdelijk dat hem ook de mogelijkheid werd geboden om de beslissingen waarop die afrekening was gebaseerd (de beoordeling van de arbeidsongeschiktheidsclaims), bij de bestuursrechter ter discussie te stellen. Daartoe diende art. 2a van de WAO te worden gewijzigd. Aanvankelijk was daarin bepaald dat bij een besluit over de aanspraak op een WAO-uitkering alleen degene op wiens aanspraken dat besluit betrekking had, belanghebbende was. Per 1 januari 1998 werd art. 2a WAO geschrapt. Dat bood de werkgever van de ontvanger van een WAO-uitkering de mogelijkheid de rechtmatigheid van de toekenning bij de bestuursrechter ter discussie te stellen. De werkgever was gepromoveerd tot belanghebbende.⁸

De hoedanigheid van de werkgever als belanghebbende bij besluiten over de arbeidsongeschiktheid van zijn werknemer, bracht geen verandering in de formele relatie tussen werkgever en werknemer. Dat gebeurde pas met de inwerkingtreding van de WIA, waarin de eigenrisicodragende werkgever tot bestuursorgaan werd gepromoveerd.

20.3 Bestuursorganen als uitvoerders van overheidsbeleid

Het bestuursrecht regelt de behartiging van gemeenschapsbelangen en gemeenschapszorg.⁹ Tot die laatste categorie behoort onder meer de sociale zekerheid. Voor zover de overheid beslissingen neemt ter behartiging van gemeenschapsbelangen en gemeenschapszorg, worden die genomen door bestuursorganen.

Bestuursorganen zijn er in soorten en maten. Traditioneel zijn bestuursorganen organen van de staat, provincies, gemeenten en waterschappen, maar daarnaast zijn ook talloze bevoegdheden toegekend aan organen van andere krachten

5 Noordam 1994, p. 111-113.

6 P.S. Fluit, ‘Premiedifferentiatie op basis van de Wet Pemba, Bonus-Malus op herhaling?’, *SMA* 1998, p. 85-89.

7 F.M. Noordam, *Socialezekerheidsrecht* (5e druk), Deventer: Kluwer 2000, p. 147.

8 F.M. Noordam, ‘De werkgever als belanghebbende in de sociale zekerheid’, *JBplus* 2003, p. 60-72.

9 M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2006, p. 2.

publiekrecht ingestelde rechtspersonen,¹⁰ zoals het UWV en de SVB, alsmede aan ‘andere personen of colleges, met enig openbaar gezag bekleed’,¹¹ meestal een bestuur van een privaatrechtelijke rechtspersoon waaraan een bepaald deel van de overheidstaak is opgedragen, in de vorm van een specifieke bevoegdheid, zoals in het verleden het bestuur van het Tica.¹²

Bestuursorganen kunnen op vele manieren worden gecategoriseerd. Vanuit de gedachte dat het bij overheidsbestuur dient te gaan om een neutrale, onbevooroordeelde en belangeloze uitvoering van wettelijke regels, is het meest relevante onderscheid dat tussen bestuursorganen die zich louter met overheidsbestuur bezighouden (voltijd-bestuursorganen), en bestuursorganen waarvoor geldt dat overheidsbestuur niet meer dan een deel van hun werkzaamheden omvat (deeltijd-bestuursorganen). Het lijkt in beginsel gemakkelijker dat uitgangspunt te realiseren als je ‘alleen maar’ bestuursorgaan bent, dan wanneer je als persoon of college soms wel en soms niet als bestuursorgaan fungeert.

Voor alle bestuursorganen die deel uitmaken van een krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersoon geldt in beginsel dat ze alleen maar overheid zijn. Hetzelfde geldt voor veel van de andere personen of colleges, met enig openbaar gezag bekleed. Dat is zeker het geval bij organen van rechtspersonen die zijn opgericht met als vooropgezet doel om hen een deel van de overheidstaak te laten vervullen. Maar het geldt *niet* voor die (rechts)personen of colleges die het besturen ‘erbij doen’, zoals – bijvoorbeeld – de onderlinge waarborgmaatschappij Geové zorgverzekeraar, die als onderdeel van de overheid fungeerde als zij moest beslissen over – bijvoorbeeld – een aanvraag om reiskostenvergoeding op grond van de (inmiddels vervallen) Ziekenfondswet, ingediend door een verslaafde die extern afkickt en af en toe een weekend naar huis wil.¹³ En het geldt evenmin voor een willekeurige garagehouder die in het bezit is van een erkenning voor het uitvoeren van periodieke keuringen van voertuigen, en die steeds als hij beslist of een auto wordt goed- of afgekeurd, als bestuursorgaan fungeert.¹⁴

Art. 2:4 Awb, waarin is bepaald dat een bestuursorgaan zijn taak zonder vooringenomenheid vervult en ertegen waakt dat personen die werkzaam zijn voor het bestuursorgaan en die een persoonlijk belang bij een besluit hebben, de besluitvorming beïnvloeden, geldt voor alle bestuursorganen in gelijke mate. Dat neemt niet weg dat het voor bestuursorganen die louter bestuursorgaan zijn, gemakkelijker is om aan die eis te voldoen dan voor personen of colleges die slechts voor een bepaald aspect van hun functioneren bestuursorgaan zijn. Het UWV komt burgers alleen maar tegen in hun hoedanigheid van (mogelijke) uitkeringsge-

10 Zie de definitie van art. 1:1 lid 1 sub a Awb.

11 Zie de definitie van art. 1:1 lid 1 sub b Awb.

12 F.M. Noordam, *De Algemene wet bestuursrecht en het sociale-zekerheidsrecht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 16.

13 CRvB 29 juli 2005, RSV 2005/314.

14 Zie art. 87 lid 2 aanhef en onder f Wegenverkeerswet 1994.

rechtigde, voor de garagehouder die APK-keuringen verricht is iedere persoon die zijn auto laat keuren ook een potentiële koper van een auto, en of hij daadwerkelijk koper wordt, hangt mede af van het resultaat van de keuring.¹⁵

Waar bij voltijd-bestuursorganen het probleem van vooringenomenheid en belangenverstrengeling zich slechts incidenteel zal voordoen, kan het bij deeltijd-bestuursorganen om een structureel probleem gaan. Bij de voltijd-bestuursorganen is de dreiging van vooringenomenheid en botsende belangen alleen aan de orde op het moment dat de persoon die het bestuursorgaan is, daar deel van uitmaakt of daarvoor werkzaam is, een persoonlijk belang heeft bij de totstandkoming of juist het achterwege blijven van een bepaald besluit (denk aan de burgemeester die tegen een bouwplan is, omdat het naast zijn woning plaatsvindt, of aan de gemeenteambtenaar die een aanvraag om een bijstandsuitkering van zijn buurman moet beoordelen). Voor een deeltijd-bestuursorgaan geldt dat in beginsel voor elke situatie waarin het een besluit moet nemen, kan worden beredeneerd welk van de mogelijke besluiten die de persoon of het college neemt in zijn hoedanigheid van bestuursorgaan, het meest in het belang is van de persoon of het college in zijn hoedanigheid van niet-bestuursorgaan.

Zo bezien lijkt de uitvoering van de overheidstaak in beginsel in veiliger handen bij voltijd- dan bij deeltijd-bestuursorganen.

20.4 De eigenrisicodragende werkgever als bestuursorgaan in de WIA

Algemeen

De Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (kortweg: WIA), de wet die van de eigenrisicodragende werkgevers deeltijd-bestuursorganen heeft gemaakt, is op 29 december 2005 in werking getreden. De WIA is de opvolger van de WAO en is van toepassing op verzekerden die op of na 1 januari 2004 ziek zijn geworden. De WAO blijft van toepassing op de ‘oude’ gevallen. Indien een werknemer arbeidsongeschikt wordt en dat na een wachttijd van twee jaar nog steeds is, kan hij bij de UWV een arbeidsongeschiktheidsuitkering aanvragen. De UWV beoordeelt vervolgens de mate van arbeidsongeschiktheid.

De WIA omvat twee verschillende arbeidsongeschiktheidsregelingen. De eerste, de Inkomensvoorziening volledig arbeidsongeschikten (IVA), ziet op volledig en duurzaam arbeidsongeschikten. Indien een verzekerde volledig (dat wil zeggen meer dan 80%) en duurzaam (herstel is uitgesloten of er is slechts een kleine kans

¹⁵ Overigens geldt voor de APK-keurders dat, mochten zij al de neiging hebben misbruik te maken van hun macht als bestuursorgaan, zij in het gareel worden gehouden door een zeer strikt controlesysteem, waarbij minieme afwijkingen van de te volgen procedure al leiden tot substantiële sancties. Voorbeelden daarvan zijn in overvloed te vinden in gepubliceerde jurisprudentie. Zie onder meer ABRvS 6 mei 1999, VR 2000/18, ABRvS 8 oktober 1999, AB 1999, 460 m.nt. MSV, ABRvS 2 mei 2000, AB 2000, 267 m.nt. MSV.

op herstel op lange termijn) arbeidsongeschikt is, komt hij in aanmerking voor een IVA-uitkering. Deze bedraagt 70% van het dagloon.¹⁶ Gedeeltelijk arbeidsongeschikten (met een arbeidsongeschiktheidspercentage van 35 tot 80%) en verzekerden die tijdelijk volledig arbeidsongeschikt zijn, vallen onder de regeling Werkhervatting gedeeltelijk arbeidsongeschikten (WGA). Zij ontvangen een loongerelateerde uitkering, gevolgd door een vervolguitkering.

De UWV stelt het recht op een arbeidsongeschiktheidsuitkering vast, alsmede de hoogte en de duur van de uitkering. Uitgangspunt is bovendien dat de UWV de arbeidsongeschiktheidsuitkering betaalt, tenzij de werkgever van de uitkeringsgerechtigde eigenrisicodrager is, dat wil zeggen, zelf het financiële risico draagt van de betaling van de uitkering van zijn werknemer.¹⁷ Op dit moment kunnen alleen grote werkgevers (met een totale loonsom van meer dan 650.000 euro) ervoor kiezen eigenrisicodrager te worden. Vanaf 2007 kunnen, naar alle waarschijnlijkheid, ook kleinere werkgevers eigenrisicodrager worden.

De eigenrisicodrager bestond ook al onder de WAO. Werkgevers die onder de WAO eigenrisicodrager waren, zijn van rechtswege eigenrisicodrager onder de WIA, tenzij ze kenbaar maken dat niet te willen. Zo'n 70.000 werkgevers zijn eigenrisicodrager.

De uitkeringsgerechtigde en re-integratie

Re-integratie neemt binnen de WIA een belangrijke plaats in, zij het dat de aandacht voor re-integratie zich concentreert op de gedeeltelijk arbeidsongeschikten, die onder de WGA vallen. De duurzaam en volledig arbeidsongeschikten – naar verwachting blijft deze groep beperkt tot een aantal van onder het door het kabinet nagestreefde aantal van 25 000 – worden geacht nauwelijks tot geen arbeidsmogelijkheden meer te hebben. Re-integratie is voor hen dan ook niet als doelstelling gesteld.

Er zijn in de WIA diverse re-integratie-instrumenten opgenomen waar verzekerden die recht hebben op een WGA-uitkering een beroep op kunnen doen.¹⁸ Daarnaast zijn er allerlei re-integratieverplichtingen waaraan een uitkeringsgerechtigde zich moet houden (art. 28, 29 en 30 WIA). Zo moet de uitkeringsgerech-

16 De IVA-uitkering wordt (waarschijnlijk met terugwerkende kracht tot 1 januari 2006) verhoogd tot 75% van het dagloon als de instroom van volledig en duurzaam arbeidsongeschikten in een jaar beperkt blijft tot minder dan 25.000 en indien de sociale partners zich houden aan de in het sociaal akkoord gemaakte afspraken wat betreft de hoogte van de loondoorbetaling tijdens ziekte (maximaal 170% over de eerste twee ziektejaren).

17 In art. 1 van de WIA wordt de eigenrisicodrager gedefinieerd als '(...) de werkgever aan wie op grond van artikel 40, aanhef en eerste lid, onderdeel b of c, van de Wet financiering sociale verzekeringen toestemming is verleend om zelf het risico te dragen van betaling van het daarvoor in aanmerking komende deel van de arbeidsongeschiktheidsuitkering of de WGA-uitkering'. De financiële verantwoordelijkheid van de eigenrisicodrager betreft de uitkeringsgerechtigde die bij hem in dienst was op het moment dat hij arbeidsongeschikt werd (in het jargon: op de eerste dag van de wachttijd).

18 Op de dag van de inwerkingtreding van de WIA is de Wet REA ingetrokken. Re-integratie-instrumenten die voorheen in de Wet REA waren opgenomen, zijn nu over de verschillende arbeidsongeschiktheidswetten verdeeld.

tigde trachten passende arbeid te behouden of te verkrijgen, moet hij meewerken aan activiteiten die gericht zijn op de inschakeling in de arbeid, moet hij meewerken aan het opstellen van een re-integratieplan en moet hij zich houden aan de verplichtingen die in een dergelijk plan zijn opgenomen.

Opvallend is dat de WIA aan de uitkeringsgerechtigde wiens (oud)werkgever de uitkering betaalt, niet het recht geeft op ondersteuning bij de arbeidsinschakeling. De verzekerde wiens uitkering betaald wordt door het UWV komt op grond van art. 34 WIA wel zo'n recht toe ten opzichte van de UWV. Krijgt hij deze ondersteuning niet dan wel onvoldoende, dan staat de weg van bezwaar en beroep open. Het lijkt erop dat de uitkeringsgerechtigde wiens uitkering door de UWV wordt betaald, een sterker recht op ondersteuning bij re-integratie heeft dan de uitkeringsgerechtigde die zijn uitkering van de eigenrisicodrager ontvangt. In de memorie van toelichting bij de WIA wordt dit overigens ontkend. Daar wordt opgemerkt dat indien een eigenrisicodrager in de ogen van de arbeidsongeschikte na zijn uitdrukkelijk verzoek onvoldoende doet aan re-integratie, hij bezwaar kan maken tegen de weigering en vervolgens in beroep kan gaan bij de bestuursrechter.¹⁹

De eigenrisicodrager en re-integratie

Hoe zit het met de verantwoordelijkheid van de eigenrisicodrager in het kader van de re-integratie? In de eerste plaats draagt de eigenrisicodrager, net als iedere andere werkgever, gedurende de twee jaar durende wachttijd een verantwoordelijkheid voor de re-integratie van zijn arbeidsongeschikte werknemer (art. 25 WIA).

Als de werknemer, na de wachttijd van twee jaar, een WGA-uitkering krijgt, ontstaat er een verschil tussen de werknemers die wel en niet voor een eigenrisicodragende werkgever hebben gewerkt.²⁰ Voor de werknemer die in dienst was bij een niet-eigenrisicodrager geldt dat de verantwoordelijkheid voor zijn re-integratie overgaat van de werkgever naar de uitkerende instantie, de UWV (art. 34 en 39 WIA). Voor de werknemer die in dienst was bij een eigenrisicodrager geldt dat de verantwoordelijkheid voor zijn re-integratie bij de werkgever blijft. De ratio: uitkerende instantie en werkgever zijn een en dezelfde. Voor overdracht van de re-integratieverantwoordelijkheid is geen enkele reden: die ligt namelijk al bij de 'uitkerende instantie', zijnde de werkgever.

De verantwoordelijkheid van de eigenrisicodrager houdt onder meer in dat hij verplicht is om ten aanzien van de verzekerde de inschakeling in zijn bedrijf of dat van een derde werkgever te bevorderen. Zoals gezegd is de verantwoordelijkheid

19 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 034, nr. 3, p. 44. Overigens kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de veronderstelling van de wetgever dat het hier om bij de bestuursrechter beroepbare besluiten gaat. Zie W.L. Roozendaal, 'De eigenrisicodrager een bestuursorgaan?', *SMA* 2006, p. 238-240.

20 P.S. Fluit, 'WIA en reïntegratie', *Sociaal Recht* 2006, p. 7-15.

voor de re-integratie een wederkerige. Is de medewerking van de (voormalige) werknemer onder de maat, dan kunnen hem sancties worden opgelegd.

De bevoegdheid van de eigenrisicodragers om sancties op te leggen

De WIA kent twee soorten sancties: boeten en maatregelen. Een maatregel houdt in dat een korting op de uitkering plaatsvindt. De omvang van de korting kan variëren, en datzelfde geldt voor de tijd waarvoor die geldt. Een boete houdt in dat de uitkeringsgerechtigde een kleiner of groter bedrag aan boete moet betalen. Maatregelen worden wel gezien als reparatoire sancties, boeten als punitieve sancties, maar het onderscheid is discutabel, met name omdat in zijn uitwerking een maatregel de uitkeringsgerechtigde vele malen zwaarder kan treffen dan een boete.²¹

De eigenrisicodragende werkgever heeft ingevolge de WIA de bevoegdheid om sancties op te leggen aan een uitkeringsgerechtigde wiens uitkering hij betaalt. Dat een eigenrisicodragers sancties kan opleggen aan een (voormalige) werknemer, is niet nieuw. Sinds de inwerkingtreding van de Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte in 1996 kan een werkgever die het loon van zijn werknemer moet doorbetalen tijdens ziekte, aan zijn werknemer een loonsanctie opleggen, als de werknemer zijn (re-integratie)verplichtingen niet nakomt. Daarbij gaat het echter om sancties in de (privaatrechtelijke) arbeidsverhouding tussen werkgever en werknemer.

De regeling in de WIA gaat een stap verder, zij het dat de bevoegdheid van de eigenrisicodragers in meerdere opzichten beperkt is. Zo mag hij alleen bepaald soort sancties opleggen, en niet de zwaarste sancties.

Art. 89 WIA biedt de eigenrisicodragers de mogelijkheid de WGA-uitkering hetzij gedeeltelijk en blijvend, hetzij geheel en tijdelijk, hetzij gedeeltelijk en tijdelijk te weigeren. Ook kan de eigenrisicodragers betaling van de uitkering voor maximaal acht weken opschorten. De maatregel die de werkgever oplegt, moet worden afgestemd op de ernst van de gedraging. Als elke vorm van verwijtbaarheid ontbreekt, mag geen maatregel worden opgelegd. De gedragingen waarvoor de eigenrisicodragers een maatregel kan opleggen, beperken zich tot het niet of onvoldoende nakomen van verplichtingen door de uitkeringsgerechtigde in verband met re-integratie.

Het is de eigenrisicodragers niet toegestaan de meest vergaande maatregel – een blijvende gehele weigering van de uitkering – op te leggen: die bevoegdheid blijft exclusief voorbehouden aan de UWV. Als een eigenrisicodragers vindt dat een uitkering blijvend geheel moet worden geweigerd, dient hij zich derhalve tot de UWV te wenden. Wat de eigenrisicodragers evenmin kan, is het opleggen van administratieve boetes. Die punitieve sanctie kan alleen door de UWV worden opgelegd.

21 F.M. Noordam, 'De loonsanctie, beslist niet het mooiste kind van de poortwachter', *SMA* 2003, p. 439-450.

De eigenrisicodrager als bestuursorgaan

Het opleggen van een sanctie in het kader van de WIA is te kwalificeren als het verrichten van een publiekrechtelijke rechtshandeling. De persoon die, of het college dat een dergelijke handeling verricht, is per definitie een bestuursorgaan. Door het toekennen van de sanctiebevoegdheid aan eigenrisicodragende werkgevers, zijn deze per 29 december 2005, de invoeringsdatum van de WIA, bestuursorgaan geworden.²²

Het toekennen van de status van bestuursorgaan betekent dat de eigenrisicodrager – voor zover die handelt als bestuursorgaan – zich moet houden aan de eisen van de Awb. De beslissing tot het opleggen van een sanctie wordt aangemerkt als besluit en moet voldoen aan onder meer eisen van zorgvuldigheid en motivering. De eigenrisicodrager moet zich bovendien houden aan beslistermijnen. Ook kan de uitkeringsgerechtigde bij de eigenrisicodrager – zijn (vroegere) werkgever – een bezwaarschrift indienen tegen het genomen besluit. De eigenrisicodrager zal derhalve ook een bezwaarschriftprocedure moeten inrichten. Daarnaast ligt het voor de hand dat de eigenrisicodrager beleid ontwikkelt met betrekking tot re-integratie en het afstemmen van een op te leggen maatregel op de gedraging. Op grond van welke overwegingen is ervoor gekozen eigenrisicodragers tot bestuursorgaan te verheffen, en zijn die overwegingen overtuigend genoeg om het optreden van de eigenrisicodragende werkgevers met vertrouwen tegemoet te zien?

20.5 **Discussie over de werkgever als bestuursorgaan in de WIA: vertrouwen versus scepsis**

Aan de promotie van de werkgever tot bestuursorgaan in de WIA is nogal wat discussie voorafgegaan. Wat waren voor de regering de redengevende argumenten om eigenrisicodragende werkgevers de status van bestuursorgaan te verschaffen? De regering vond het, blijkens de memorie van toelichting bij de WIA, van het grootste belang dat de eigenrisicodrager sancties kan opleggen. De eigenrisicodrager betaalt de uitkering en is verantwoordelijk voor re-integratie, dus verdient hij ook directe invloed op het sanctiebeleid.²³ Daarnaast hechtte de regering grote waarde aan het zogenaamde lik-op-stukbeleid. Zowel de UWV als de eigenrisicodrager moeten snel kunnen handelen als de verzekerde zijn verplichtingen niet nakomt. Het is dan contraproductief als de eigenrisicodrager eerst een oordeel van de UWV moet afwachten.

22 Roozendaal betwijfelt of eigenrisicodragers als bestuursorganen kunnen worden aangemerkt als zij sancties opleggen. Argumenten die zij noemt zijn dat zij hun kortingsbevoegdheid ten behoeve van hun eigenbelang gebruiken en dat er geen publieke controle op de toepassing ervan is. Zie: Roozendaal 2006, p. 240.

23 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 034, nr. 3, p. 36.

De wens om de eigenrisicodragers de bevoegdheid tot het opleggen van sancties te verschaffen, impliceert dat de eigenrisicodragers de status van bestuursorgaan krijgt. Hoewel de regering dit niet als probleem lijkt te beschouwen, ontkomt ze niet aan de constatering dat de schoen hier wel enigszins wringt. Zo valt op dat het opleggen van de maatregel die het meest in de financiële positie van een uitkeringsgerechtigde ingrijpt – het blijvend en geheel weigeren van de uitkering – aan de UWV blijft voorbehouden, evenals het opleggen van boetes. Een boete is een *criminal charge* en bestraffing is daarom toevertrouwd aan het overheidsorgaan UWV, aldus de memorie van toelichting.²⁴ De memorie voegt daar nog aan toe dat het strafkarakter van een bestuursrechtelijke boete de verhouding tussen de eigenrisicodragers en de gedeeltelijk arbeidsongeschikte ernstig kan verstoren. Blijkbaar is de regering van mening dat het opleggen van een sanctie (en het maken van bezwaar daartegen) op zichzelf niet in de weg hoeft te staan aan een goede verhouding tussen werkgever en werknemer. De Raad van State heeft bij de advisering over het wetsvoorstel overigens opgemerkt dat het onderscheid tussen een maatregel en een punitieve sanctie niet altijd even duidelijk is aan te geven.²⁵ De scheiding tussen maatregelen (minus de zwaarste maatregel) en boetes (inclusief de zwaarste maatregel) garandeert dan ook niet dat de sancties die door de uitkeringsgerechtigde als relatief licht worden ervaren, steeds afkomstig zijn van de eigenrisicodragers, en de sancties die als zwaar worden ervaren van de UWV.

Het risico van ongelijkheid

Bij de werkgever in de hoedanigheid van bestuursorgaan zijn nog andere vraagtekens te plaatsen. Zo moeten de 70.000 eigenrisicodragers die sinds eind 2005 bestuursorgaan zijn, ieder afzonderlijk beslissingen gaan nemen over verwijtbare gedragingen van uitkeringsgerechtigden. Daarnaast is er de UWV, dat precies hetzelfde doet. Het is dan ook niet verwonderlijk dat in het parlement, en door de Raad van State en de UWV, vragen zijn gesteld over het risico van rechtsongelijkheid. De mogelijkheid bestaat dat de UWV strenger zal optreden dan de eigenrisicodragers, of andersom. En wat bijvoorbeeld wanneer de UWV en de eigenrisicodragers een geheel ander idee hebben over het lik-op-stuk-beleid? De regering acht het feit dat de eigenrisicodragers zich, evenals de UWV, moet houden aan de wettelijke kaders echter een voldoende waarborg tegen ongelijke uitvoering. Bovendien kan een belanghebbende naar de (bestuurs)rechter indien hij zich niet kan vinden in een beslissing op bezwaar. Als er al onwenselijke verschillen in uitvoering gaan ontstaan, zullen deze door de rechter worden weggenomen, aldus het kabinet.²⁶

24 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 034, nr. 3, p. 57.

25 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 034, nr. 4, p. 31.

26 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 034, nr. 12, p. 54.

27 *Handelingen I* 2004/05, nr. 4, p. 193.

In de Eerste Kamer werd het idee geopperd om in het kader van de rechtsbescherming voor de eigenrisicodragers een bezwaarschriftprocedure bij de UWV in te richten. De minister gaf echter aan dat een bezwarenprocedure bij een andere instantie de snelheid van handelen zou aantasten. Bovendien is re-integratie naar het oordeel van de minister een concurrerend element tussen UWV en eigenrisicodrager. Dit zou doorbroken worden door de UWV te laten beslissen over bezwaarschriften.²⁷ Wel zou het de werkgever vrij staan om de UWV te raadplegen voor advies. De minister erkende het probleem overigens wel. Hij gaf aan na te zullen denken over het oprichten van een ander publiekrechtelijk lichaam waar eventueel administratief beroep ingesteld zou kunnen worden tegen de besluiten van de eigenrisicodrager. Daarmee gaf de minister impliciet uiting aan zijn twijfels bij de gekozen constructie.

Het risico van belangenverstrengeling en vooringenomenheid

Wellicht het belangrijkste bezwaar tegen deeltijd-bestuursorganen – het is hiervoor al even aan de orde geweest – is dat deze te maken kunnen krijgen met belangenverstrengeling en vooringenomenheid. Een bestuursorgaan is met openbaar gezag bekleed en dient het algemeen belang. Een eigenrisicodrager onder de WIA heeft een direct, dan wel – via de verzekeringsmaatschappij – indirect eigen financieel belang bij het betalen van de uitkering en derhalve ook bij het opleggen van sancties. Dit is voor de regering de reden geweest om de eigenrisicodrager de mogelijkheid van sanctie-oplegging te geven. Echter, hoe voorkom je dat dat eigen (financiële) belang niet gaat meewegen in de beslissing tot het opleggen van een sanctie?

Bovendien bestaat tussen een werkgever en zijn (oud)werknemer een geheel andere, en doorgaans persoonlijker, relatie dan tussen de UWV en een uitkeringsgerechtigde. De mogelijkheid dat werkgevers misbruik zullen maken van hun sanctiebevoegdheid, een angst die ook in de Kamer en bij de Raad van State speelde, werd door de minister van de hand gewezen door te wijzen op de ervaring die is opgedaan met werkgevers die nu al de mogelijkheid hebben om een loonsanctie op te leggen. De ervaring heeft geleerd dat werkgevers ‘zorgvuldig en weloverwogen’ gebruik maken van hun sanctiemogelijkheden.²⁸

Het hybride karakter van de eigenrisicodrager kan ook in een ander opzicht tot problemen leiden. De eigenrisicodrager is in sommige gevallen alleen de oud-werkgever die de uitkering betaalt, zonder dat nog een dienstverband tussen partijen bestaat. Soms echter is de uitkeringsgerechtigde voor een deel ook nog gewoon als werknemer bij de eigenrisicodrager in dienst. Er bestaat dan tussen de werknemer/uitkeringsgerechtigde en zijn werkgever/eigenrisicodrager zowel een arbeidsrechtelijke als een publiekrechtelijke relatie. De regering wijst erop dat de rechten en plichten van werknemer en werkgever, die betrekking hebben op de periode na twee jaar loondoorbetaling, worden beheerst door de WIA.

²⁸ Kamerstukken II 2004/05, 30 034, nr. 4, p. 36.

Indien er in dat kader een geschil ontstaat (met betrekking tot re-integratie), staat voor de uitkeringsgerechtigde de bestuursrechtelijke weg van bezwaar en beroep open. In de memorie van toelichting wordt echter nauwelijks aandacht geschonken aan de mogelijkheid dat twee procedures naast elkaar lopen. Wat bijvoorbeeld als een werknemer, die nog voor een bepaald aantal uren in dienst is en tevens van zijn werkgever een gedeeltelijke WGA-uitkering ontvangt, zich niet houdt aan bepaalde controlevoorschriften? Op grond van de WIA kan zijn werkgever in dat geval een sanctie opleggen, waartegen bezwaar openstaat, en eventueel beroep bij de bestuursrechter. Tevens kan de werkgever het loon opschorten. Hiertegen moet de werknemer dan arbeidsrechtelijk ageren. Los van het feit dat de werknemer zelf waarschijnlijk door de bomen het bos niet meer ziet, krijgt hij bovendien te maken met twee verschillende rechtsgangen en twee verschillende (rechterlijke) beoordelingen. Tijdens de behandeling van de WIA in de Eerste Kamer is dit probleem overigens ook ter sprake gekomen.²⁹

20.6 Conclusie

We keren terug naar de twee vragen die aan het begin van deze bijdrage zijn gesteld. De eerste was: past de promotie van de werkgever tot bestuursorgaan in een ontwikkeling die zich kenmerkt door een geleidelijk sterker wordende betrokkenheid van de werkgever bij arbeidsongeschiktheid? De tweede vraag was: zal de werkgever zijn rol van bestuursorgaan kunnen waarmaken?

Wat betreft de eerste vraag luidt het antwoord wat ons betreft: op het eerste gezicht wellicht wel, maar bij nader inzien niet. De reden is dat voor alle veranderingen in de rol van de werkgever, tot aan zijn promotie tot bestuursorgaan, gold dat die gerelateerd waren aan de verantwoordelijkheid voor het voorkomen en het beperken van arbeidsongeschiktheid van zijn werknemers, en soms (als de werkgever ervoor had gekozen eigenrisicodrager te worden) voor de financiële risico's van de arbeidsongeschiktheid. Met de promotie tot bestuursorgaan wordt de werkgever verantwoordelijk voor iemand ten opzichte van wie hij arbeidsrechtelijk geen verplichtingen meer heeft. Dat betekent niet langer een verdere vergroting van de reeds bestaande (privaatrechtelijke) verantwoordelijkheid, maar de overgang naar een heel ander soort (publiekrechtelijke) verantwoordelijkheid. Niet een 'logische volgende stap' derhalve, maar een fundamentele omslag.

Wat betreft de tweede vraag, die naar de kans dat de eigenrisicodrager zijn rol als bestuursorgaan zal kunnen waarmaken, is ons antwoord dat daar nogal wat vraagtekens bij te plaatsen zijn. We maken daarover, ter afsluiting van deze bijdrage, een paar opmerkingen.

In de eerste plaats is van belang dat de relatie tussen eigenrisicodrager en uitkeringsgerechtigde een veel intensievere en persoonlijkere is dan de relatie die

29 *Handelingen I* 2004/05, nr. 4, p. 156.

normaliter bestaat tussen bestuursorgaan en belanghebbende.³⁰ Partijen hebben in het verleden met elkaar te maken gehad als werkgever en werknemer. Het kan niet anders dan dat het optreden van het bestuursorgaan, dat eigenlijk uitsluitend door het publieke belang beheerst zou moeten worden, hierdoor (in positieve dan wel in negatieve zin) gekleurd wordt.

Een tweede element vormt het feit dat de wettelijke taak van het bestuursorgaan in de WIA niet beperkt, helder en eenduidig afgebakend is. De wetgever kent een grote mate van beoordelings- en beleidsvrijheid toe aan de eigenrisicodrager. Duidelijk is welke sancties de eigenrisicodrager ter beschikking staan. Maar wanneer mag welke sanctie opgelegd worden? Wanneer is een gedraging verwijtbaar? En hoe zit het nu precies met het recht op re-integratie van de uitkeringsgerechtigde? Met 70.000 eigenrisicodragers kunnen er evenzoveel beslissingen genomen worden. Het is een illusie om te denken dat de bestuursrechter voor uniformiteit zou kunnen zorgen. Immers, de rechter toetst de uitoefening van discretionaire bevoegdheden slechts marginaal, en zal niet kunnen bewerkstelligen dat de 70.000 werkgevers annex bestuursorganen hun bevoegdheden allemaal ongeveer op gelijke wijze zullen gebruiken.³¹

Moet het dus allemaal weer helemaal anders? Dat lijkt niet een reële optie, nu de WIA nog geen jaar in werking is. Desondanks willen we op één punt pleiten voor een modificatie, en daartoe brengen we de UWV weer in het spel. Naast de 70.000 eigenrisicodragers die sancties kunnen opleggen is er de UWV, dat over dezelfde gedragingen moet oordelen en daar al jaren ervaring mee heeft. Een instantie die met zijn uitkeringsgerechtigden slechts te maken heeft in hun hoedanigheid van uitkeringsgerechtigde en waarvoor geldt dat er een minister is die desgevraagd politieke verantwoording dient af te leggen over haar doen en laten. Waar de eigenrisicodragers van de wetgever een sanctiebevoegdheid hebben gekregen, zou het overweging verdienen om de bestuurlijke heroverweging van die sanctiebeslissingen alsnog bij de UWV onder te brengen, in de vorm van de bevoegdheid om in administratief beroep te oordelen over geschillen betreffende de sanctieoplegging door eigenrisicodragers, zodat de ontvangers van arbeidsongeschiktheidsuitkeringen net iets meer waarborgen hebben voor een consistente en onbevooroordeelde bestuurlijke besluitvorming dan met de huidige regeling in de WIA het geval is.

30 Overigens moet opgemerkt worden dat de verhouding tussen werkgever en werknemer in het ambtenarenrecht volledig beheerst wordt door het bestuursrecht.

31 S. Klosse, 'Van WAO naar WIA: een verantwoorde omslag?', *Sociaal Recht* 2005, p. 252-253.

‘Want zij zijn groot en ik is klein’

Intergemeentelijke samenwerking bij uitvoering Wet werk en bijstand¹

Karin Faber en André van Montfort

21.1 Inleiding

Op 1 januari 2004 is de Wet werk en bijstand (WWB) in werking getreden. De WWB, die de Algemene bijstandswet vervangt, stelt hoge eisen aan gemeentelijke overheden. Onder de WWB wordt gemeenten namelijk een grote mate van beleidsvrijheid geboden bij zowel de uitoefening van hun traditionele taak op het gebied van inkomensvoorziening (bijstandsverlening), als de uitvoering van hun taak om werkzoekenden in het arbeidsproces in te schakelen (re-integratie). Gemeenten dienen – binnen het kader van landelijke regelingen en uitgangspunten – dan ook een eigen beleid te formuleren ten aanzien van deze beide taken, waarvan de re-integratietak de belangrijkste is in de optiek van de wetgever. De beleidsvrijheid bij deze laatste taak is overigens ook groter.

Naast de gedecentraliseerde bevoegdheid tot beleidsontwikkeling hebben gemeenten ingevolge de WWB ook een aanzienlijke eigen financiële verantwoordelijkheid. De door de rijksoverheid geïntroduceerde financieringssysteem is er onder meer op gericht dat gemeenten oneigenlijk gebruik van uitkeringen zo veel mogelijk proberen te voorkomen. Gemeenten worden gestimuleerd om striktere controles te gaan uitvoeren op uitkeringsgerechtigden.²

Door de eisen die de WWB aan gemeenten stelt, is men bij ongeveer de helft van de sociale diensten (46%) van oordeel dat de eigen gemeente te kleinschalig is om de WWB goed te kunnen uitvoeren. Deze opvatting leeft niet alleen bij veel sociale diensten in kleine gemeenten (60%), maar ook bij een respectabel aantal sociale diensten in middelgrote gemeenten (36%) en een bescheiden groep sociale diensten in grote gemeenten (10%).³ Vanuit deze inschatting dat de eigen

1 Deze bijdrage is een bewerking van een eerdere rapportage over het hier te bespreken onderzoek: A. Montfort en R. Hulst, *Gaat het samen beter? Intergemeentelijke samenwerking bij uitvoering Wet werk en bijstand*, 2005 (te raadplegen via http://www.samenwerkeninuitvoering.nl/Download_Centrum).

2 F.M. Noordam, *Socialezekerheidsrecht* (7e druk), Deventer: Kluwer 2004, p. 339 en 342.

3 A. Edzes, M. Moes, E. Westerhof en R. Defourny, *WWB monitor, Een jaar Wet Werk en Bijstand*, Groningen: Centrum voor Arbeid en Beleid 2005, p. 20-21 (te raadplegen via http://www.vng.nl/Documenten/Extranet/Sez/WI/WWB_monitor_Landelijke_rapportage.pdf).

gemeente een te beperkt schaalniveau heeft om het takenpakket van de WWB adequaat te kunnen uitvoeren, besluiten steeds meer gemeenten om onderling te gaan samenwerken.⁴

Dit roept de vraag op of gemeenten die de handen ineen slaan, hun taken op het gebied van de bijstandsverlening en re-integratie daadwerkelijk beter vervullen dan gemeenten die zelfstandig blijven opereren. Leidt samenwerking tot betere resultaten? Een recent empirisch onderzoek biedt aanknopingspunten voor de beantwoording van deze vraag. Alvorens de belangrijkste resultaten van dit onderzoek te bespreken, schetsen we nu eerst kort enkele achtergronden van de WWB en van de huidige trend in gemeenteland om samen te werken bij de uitvoering van deze wet.

21.2 Decentralisatie, deregulering en financiële prikkels

In 1993 verschijnen twee rapporten die in de sociale zekerheid veel stof doen opwaaien. In de eerste plaats is er het rapport van de commissie-Van de Zwan over de wijze waarop de Algemene bijstandswet door gemeentelijke sociale diensten wordt uitgevoerd.⁵ Daarnaast verschijnt het rapport van de commissie-Buurmeijer over het functioneren van de uitvoeringsorganen die de werknemersverzekeringen uitvoeren.⁶ Uit beide rapporten blijkt dat de uitvoeringsorganen van de sociale zekerheid te weinig werk maken van re-integratie en fraudebestrijding. Dit laatste is vooral ernstig nu Van der Zwan schat dat bij 25% van de toekenningen van bijstand waarschijnlijk fraude in het spel is.

De regering besluit na het verschijnen van beide rapporten dat de socialezekerheidswetten en bijbehorende uitvoeringsorganisatie drastisch moeten worden veranderd. In de Sociale Nota's die de regering vervolgens uitbrengt, pleit zij voor een op activering en fraudebestrijding gerichte uitvoering. Een degelijke uitvoering zou moeten worden gerealiseerd door middel van deregulering, decentralisatie en de invoering van (financiële) prikkels.⁷ De rapporten van voornoemde commissies zijn voor de regering tevens aanleiding om de samenwerking tussen de verschillende uitvoeringsorganen te gaan stimuleren. Het rapport van de commissie-Van der Zwan toont namelijk aan dat de re-integratie van bijstandsgerechtigden niet goed van de grond komt doordat gemeenten en de arbeidsvoorzieningsorganisatie slecht samenwerken. Beide partijen streven andere doelen na. De

4 P. Leenders, 'Minder kwetsbaar, meer kwaliteit, Sociale diensten bundelen hun krachten', *Binnenlands Bestuur* 2006, jrg. 27, nr. 2, p. 20-23.

5 Onderzoekscommissie toepassing Abw, *Het recht op bijstand, naar een beheerst proces bij de toekenning van bijstand* (rapport commissie-Van der Zwan), Den Haag: VUGA 1993.

6 Parlementaire enquêtecommissie uitvoeringsorganen sociale verzekeringen, *Enquête naar het functioneren van de organen belast met de uitvoering van de socialeverzekeringswetten* (rapport commissie-Buurmeijer), Den Haag: Sdu Uitgeverij 1993.

7 Zie bijv. Min. SZW, *Sociale Nota 1994*, Den Haag: Sdu Uitgeverij 1993, p. 118 e.v.

arbeidsvoorzieningsorganisatie wil vraag en aanbod op de arbeidsmarkt zo goed mogelijk op elkaar laten aansluiten, terwijl gemeenten vooral belang hechten aan een tijdige en correcte afhandeling van de uitkeringsaanvraag.⁸ De regering meent dat er niets anders op zit dan de samenwerking bij re-integratie nader te regelen in de socialezekerheidswetten. Ze denkt hierbij onder andere aan het opnemen van samenwerkingsverplichtingen in de wet, maar ook aan de oprichting van een regionaal bestuursorgaan.⁹

De regering bepleit overigens niet alleen dat gemeenten met andere uitvoeringsorganen moeten gaan samenwerken. Gemeenten zouden ook onderling de handen meer ineen moeten slaan. De gemeentelijke schaal is in de ogen van de regering zowel in beleidsmatig als in financieel opzicht te klein om de re-integratie van werklozen effectief aan te pakken. Dat geldt in haar optiek vooral voor kleine gemeenten. Grote gemeenten zouden meer mogelijkheden hebben om het aantal uitkeringsgerechtigden terug te dringen, maar ook voor deze gemeenten wordt samenwerking noodzakelijk geacht. Grote gemeenten kampen vaak met een grotere uitkeringsdichtheid en een grotere sociale problematiek.¹⁰

De Algemene bijstandswet van 1996 is een van de eerste wetten die duidelijk gestoeld zijn op de uitgangspunten die de regering in haar Sociale Nota's heeft uiteengezet. Voor het eerst wordt samenwerking tussen gemeenten en de arbeidsvoorzieningsorganisatie wettelijk verplicht gesteld. De Algemene bijstandswet bevat echter geen wettelijke verplichting voor gemeenten om met andere gemeenten samen te werken.

In het najaar van 2002 kondigt de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan dat het tijd is de Algemene bijstandswet van 1996 te gaan vervangen. Onderzoek waaruit blijkt dat deze wet niet genoeg effect sorteert, is er niet. De staatssecretaris is echter van mening dat een verdergaande decentralisatie, deregulering en eigen financiële verantwoordelijkheid noodzakelijk zijn om gemeenten de wettelijke taken goed te laten uitvoeren. Decentralisatie en deregulering zullen het oplossende vermogen van gemeenten bij de re-integratie versterken. Minder regels betekent minder administratieve rompslomp, waardoor gemeenten meer tijd zullen kunnen vrijmaken om cliënten te ondersteunen bij hun re-integratie. Een grotere eigen financiële verantwoordelijkheid zal gemeenten aansporen om de re-integratie en fraudebestrijding serieus ter hand te nemen.¹¹

De noodzakelijk geachte maatregelen krijgen uiteindelijk hun beslag in de WWB. In deze wet, die op 1 januari 2004 in werking treedt, wordt de beleidsvoering inzake bijstandsverlening en re-integratie in belangrijke mate gedecentraliseerd naar gemeenten. De eigen financiële verantwoordelijkheid van gemeenten voor

8 Min. SZW, *Sociale Nota 1994*, Den Haag: Sdu Uitgeverij 1993, p. 120-121.

9 Min. SZW, *Sociale Nota 1994*, Den Haag: Sdu Uitgeverij 1993, p. 130 e.v.

10 Min. SZW, *Sociale Nota 1994*, Den Haag: Sdu Uitgeverij 1993, p. 129.

11 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 870, nr. 3, p. 2 e.v.

de bijstandsverlening stijgt van 10% (tot 1 januari 2001) en 25% (tot 1 januari 2004) onder de Algemene bijstandswet naar – in beginsel – 100% onder de WWB.¹² De regering is zich ervan bewust dat deze wijzigingen veel tijd en middelen zullen gaan vergen van gemeenten. Ze acht samenwerking tussen gemeenten dan ook bittere noodzaak. Om gemeenten te ondersteunen, roept de minister een subsidieregeling in het leven: de Tijdelijke stimuleringsregeling samenwerkingsverband Abw.¹³

De wet en de subsidieregeling blijken gemeenten inderdaad aan te zetten tot samenwerking. Sinds de invoering van de WWB zijn 186 gemeentelijke sociale diensten overgegaan tot een vorm van samenwerking. Het vergroten van de efficiency vormt een belangrijke reden voor samenwerking. Gemeenten zien echter ook andere belangrijke voordelen, zoals het vergroten van de kwaliteit van de dienstverlening en het waarborgen van continuïteit in de bedrijfsvoering.¹⁴ In hoeverre zijn deze positieve verwachtingen nu realistisch?

21.3 Onderzoek naar uitvoering WWB

Vanuit de Vrije Universiteit Amsterdam is in de eerste maanden van 2005 een empirisch onderzoek naar de uitvoering van de WWB gedaan.¹⁵ Onderzocht is of samenwerkende gemeenten effectiever, efficiënter en klantgerichter functioneren dan gemeenten die geen samenwerkingsrelatie zijn aangegaan. Het onderzoek omvatte 15 gevallen waarin gemeenten met elkaar samenwerken. Als gemeenten de handen ineenslaan, kunnen hiervoor verschillende vormen worden gekozen. Eén mogelijkheid is een zelfstandige regionale organisatie op te richten in de vorm van een openbaar lichaam of een gemeenschappelijk orgaan in de zin van de Wet gemeenschappelijke regelingen. In 8 van de 15 onderzochte gevallen is dat gebeurd. Daarnaast kan worden gekozen voor een lichtere vorm van samenwerking. Denk bijvoorbeeld aan de constructie waarbij de ene gemeente bepaalde diensten inkoopt bij een andere gemeente. Deze situatie doet zich in 7 van de 15 onderzochte gevallen voor. De 15 onderzochte samenwerkingsrelaties maken ver-

12 De in de WWB geïntroduceerde volledige eigen financiële verantwoordelijkheid van gemeenten is niet absoluut. Indien het van rijkswege toegekende budget voor bijstandsverlening niet toereikend blijkt te zijn, kan een gemeente onder bepaalde voorwaarden een beperkte aanvulling op het budget krijgen (*Kamerstukken II* 2002/03, 28 870, nr. 3, p. 18-19).

13 Deze regeling is van kracht tot 1 juli 2007.

14 P. Leenders, 'Minder kwetsbaar, meer kwaliteit, Sociale diensten bundelen hun krachten', *Binnenlands Bestuur* 2006, jrg. 27, nr.2, p. 20-23; A. Edzes, M. Moes, E. Westerhof en R. Defourny, *WWB monitor, Een jaar Wet Werk en Bijstand*, Groningen: Centrum voor Arbeid en Beleid 2005, p. 47.

15 Het onderzoek is uitgevoerd door bestuurskundestudenten van de VU in het kader van hun onderwijs en begeleid door de tweede auteur van deze bijdrage.

moedelijk een substantieel deel uit van de totale populatie van gevallen waarin ten tijde van het onderzoek werd samengewerkt.¹⁶

De samenwerkingsrelaties van gemeenten hebben in alle gevallen uitsluitend op WWB-taken betrekking. Het betreft met andere woorden steeds een sectorale samenwerkingsrelatie. Voor de 15 onderzochte samenwerkingsrelaties geldt voorts dat de samenwerking in de meeste gevallen nog maar recentelijk is gestart. Onderstaande tabel geeft hiervan een beeld.

Tabel 21.1: Aantal jaren dat de onderzochte samenwerkingsrelatie al bestaat (peildatum: 31 mei 2005)

Maximaal 1 jaar	(2)	14,3 %
1 – 2 jaar	(2)	14,3 %
2 – 3 jaar	(2)	14,3 %
3 – 4 jaar	(5)	35,7 %
Minimaal 4 jaar	(3)	21,4 %
Totaal	(15)	100,0 %

Naast de gemeenten die een samenwerkingsrelatie zijn aangegaan, werden tevens 36 zelfstandige sociale diensten in het onderzoek betrokken. Deze sociale diensten vormen een redelijke afspiegeling van de totale populatie zelfstandige sociale diensten zoals deze ten tijde van het onderzoek was samengesteld. Er is sprake van een grote spreiding qua inwonertal van de gemeente en een behoorlijke spreiding qua geografische ligging.¹⁷

Bij de onderzochte zelfstandige sociale diensten en samenwerkingsrelaties is informatie verzameld over de prestaties van gemeenten ten aanzien van de beide hoofdtaken van de WWB (inkomensvoorziening en re-integratie). Ook is informatie ingewonnen over de kosten van de taakuitoefening. Bij elke sociale dienst of samenwerkingsrelatie is een gedeelte van de onderzoeksgegevens verkregen door middel van een analyse van jaarverslagen, begrotingen e.d. De resterende gegevens zijn verzameld doordat een ambtenaar een aantal gestandaardiseerde vragen heeft beantwoord. De beantwoording heeft meestal digitaal plaatsgevonden, soms mondeling. De meeste onderzoeksgegevens betreffen het jaar 2004, een deel heeft betrekking op 2003.

16 Destijds waren de onderzoekers 13 intergemeentelijke sociale diensten (in de vorm van een openbaar lichaam of gemeenschappelijk orgaan) en 11 lossere samenwerkingsrelaties (bijv. in de vorm van een inkooprelatie met een buurgemeente) bekend.

17 Ten tijde van het onderzoek (begin 2005) waren er enkele honderden sociale diensten of gemeentelijke afdelingen Sociale Zaken die zelfstandig opereerden.

21.4 Prestaties van sociale diensten

Hoe presteren sociale diensten bij de uitvoering van de WWB? Zijn er hierbij verschillen te constateren tussen zelfstandige sociale diensten en samenwerkende of intergemeentelijke sociale diensten?

Inkomensvoorziening

Eén van de twee hoofdtaken van gemeenten bij de uitvoering van de WWB betreft de inkomensvoorziening (oftewel bijstandsverlening) aan uitkeringsgerechtigden. In het onderzoek is nagegaan in hoeverre gemeenten beleid hebben geformuleerd omtrent het verlenen van bijzondere bijstand. Alle 15 onderzochte intergemeentelijke of samenwerkende sociale diensten blijken een beleidsnota over de bijzondere bijstand te bezitten. Ze verschillen hierin overigens nauwelijks van de onderzochte zelfstandige sociale diensten. Vrijwel alle 36 zelfstandige diensten kennen eveneens een beleidsnota omtrent het toekennen van bijzondere bijstand. Ten aanzien van de inkomensvoorziening van uitkeringsgerechtigden is in de WWB aan gemeenten de verplichting opgelegd om een verordening over (onder meer) het terugvorderen van ten onrechte verstrekte uitkeringen vast te stellen.¹⁸ De helft van de onderzochte intergemeentelijke of samenwerkende sociale diensten blijkt aan deze wettelijke verplichting te hebben voldaan. Bij deze effectieve sociale diensten gaat het vrijwel steeds om een zware vorm van samenwerking (openbaar lichaam of gemeenschappelijk orgaan). De situatie is bij de lichtere vormen van samenwerking (inkooprelatie met een buurgemeente, samenwerkingsconvenant o.i.d.) statistisch significant minder gunstig.¹⁹ Worden de samenwerkende of intergemeentelijke sociale diensten vergeleken met de zelfstandige sociale diensten, dan worden geen statistisch significante verschillen aangetroffen. Daarbij maakt het niet uit of de vergelijking plaatsvindt met *alle* onderzochte zelfstandige sociale diensten, met alleen de *kleine* onderzochte sociale diensten of met alleen de *grote* zelfstandige sociale diensten.²⁰

Gemeenten ontvangen jaarlijks van de rijksoverheid een bepaald geldbedrag voor het verstrekken van bijstandsuitkeringen (het zogeheten ‘inkomensdeel’). Mocht een gemeente een gedeelte van dit geldbedrag overhouden door minder uit te keren dan van de rijksoverheid wordt ontvangen, dan mag de gemeente dit gedeelte zelf houden. Deze financieringssysteem stimuleert gemeenten om het

18 In art. 8a van de WWB is alleen bepaald dat de gemeenteraad een verordening over (onder meer) het terugvorderen van ten onrechte ontvangen bijstand moet vaststellen. De WWB wet laat de gemeenteraad verder geheel vrij bij het bepalen van de inhoud van de verordening.

19 Pearson Correlation = 0,714; $p = 0,004$. Bij de toepassing van statistische toetsen is steeds een betrouwbaarheidsinterval van 5% gehanteerd. Een tussen twee variabelen aangetroffen verband wordt dus als statistisch significant beschouwd als de p -waarde lager is dan 0,05 ($p < 0,05$).

20 In het onderzoek zijn de sociale diensten met een werkgebied van maximaal 31.000 inwoners gerekend tot de kleine sociale diensten. Sociale diensten die meer dan 31.000 inwoners bedienen, zijn als groot bestempeld.

aantal uitkeringsgerechtigden zoveel mogelijk te beperken. Een middel daartoe is dat gemeenten met een zekere regelmaat controles op uitkeringsgerechtigden uitvoeren. In hoeverre zijn gemeenten nu actief bij het verrichten van dergelijke controles (de zogeheten ‘heronderzoeken’)? Binnen de onderzochte groep intergemeentelijke of samenwerkende sociale diensten blijkt het gemiddelde aantal controles per uitkeringsgerechtigde sterk te verschillen. Het varieert van 0 tot 1,4 controle per uitkeringsgerechtigde. Deze variatie houdt geen verband met de mate waarin de samenwerking tussen gemeenten is geïnstitutionaliseerd. Er is geen statistisch significant verschil gevonden tussen de vergaande vormen van samenwerking en de lichtere samenwerkingsvormen. Voorts zijn evenmin statistisch significante verschillen aangetroffen bij een vergelijking tussen enerzijds de intergemeentelijke of samenwerkende sociale diensten en anderzijds de zelfstandige sociale diensten.

Re-integratie

De tweede hoofdtak van gemeenten bij de uitvoering van de WWB betreft de re-integratie van uitkeringsgerechtigden. Sociale diensten worden geacht zich in te spannen om hun cliënten (weer) aan het werk te krijgen. De mate waarin zij in dit opzicht daadwerkelijk actief zijn, kan worden afgemeten aan het geldbedrag dat per uitkeringsgerechtigde wordt gespendeerd aan reactiveringactiviteiten.²¹ Dit bedrag blijkt sterk te verschillen van sociale dienst tot sociale dienst. Het varieert binnen de onderzochte groep intergemeentelijke of samenwerkende sociale diensten van ruim 1000 tot ruim 6000 euro per uitkeringsgerechtigde. Dit verschil in prestaties hangt niet samen met de wijze waarop gemeenten samenwerken. Bij de in hoge mate geïnstitutionaliseerde samenwerkingsrelaties (in de vorm van een openbaar lichaam of gemeenschappelijk orgaan) wordt niet statistisch significant meer of minder geld aan reactivering besteed dan bij de lossere samenwerkingsrelaties. Verder zijn in het onderzoek ook geen statistisch significante verschillen aangetroffen tussen enerzijds de intergemeentelijke en samenwerkende sociale diensten en anderzijds de zelfstandige sociale diensten. Dat geldt niet alleen indien de intergemeentelijke of samenwerkende sociale diensten worden verleden met alle zelfstandige sociale diensten, maar ook indien de intergemeentelijke of samenwerkende sociale diensten alleen met de *kleine* zelfstandige sociale diensten of alleen met de *grote* zelfstandige sociale diensten worden vergeleken.

Een andere indicator voor de mate waarin gemeenten actief zijn op het terrein van re-integratie, is het percentage uitkeringsgerechtigden dat aan een re-integratieproject deelneemt. Ook ten aanzien van deze indicator bestaan weer aanzienlijke verschillen *binnen* de onderzochte groep van intergemeentelijke of samenwer-

²¹ Bij deze prestatie-indicator wordt geabstraheerd van de prijs die de sociale dienst heeft uitonderhandeld met particuliere re-integratiebedrijven, en van de wijze waarop de sociale dienst het geld voor reactiveringactiviteiten verdeelt over uitkeringsgerechtigden.

kende sociale diensten. Het percentage deelnemers aan reactiveringprojecten varieert van 13% bij de ene sociale dienst tot 59% bij de andere sociale dienst. Sommige sociale diensten zijn op het punt van de reactivering dus effectiever dan andere sociale diensten. De intergemeentelijke of samenwerkende diensten blijken wat betreft hun scores op de onderhavige indicator niet statistisch significant te verschillen van de zelfstandige sociale diensten. Dat geldt ook indien er alleen met de kleine zelfstandige sociale diensten of alleen met de grote zelfstandige sociale diensten wordt vergeleken.

Klantvriendelijkheid

Een volgend belangrijk aspect van de prestaties van sociale diensten is hun klantvriendelijkheid. Dit aspect is door ons onderzocht aan de hand van vier indicatoren.

De eerste indicator betreft de openingstijden van de loketten. Ten aanzien van deze indicator bestaan aanzienlijke verschillen *binnen* de onderzochte groep intergemeentelijke en samenwerkende sociale diensten. De openingstijden variëren van 0 tot 35 uur per week. Het ene uiterste wordt gevormd door de sociale dienst waar het loket nooit open is en de cliënt alleen op afspraak een gesprek met een bijstandsambtenaar kan hebben. Het andere uiterste betreft een sociale dienst waar het loket op alle werkdagen bijna de gehele dag open is. De geconstateerde verschillen binnen de groep intergemeentelijke en samenwerkende sociale diensten houden geen verband met de mate waarin de samenwerking tussen gemeenten is geïnstitutionaliseerd. Intergemeentelijke sociale diensten kennen geen kortere of langere openingstijden van de loketten dan sociale diensten met lossere vorm van samenwerking. Verder zijn ook geen statistisch significante verschillen aangetroffen tussen enerzijds de intergemeentelijke en samenwerkende sociale diensten en anderzijds de zelfstandige sociale diensten. Dat geldt niet alleen indien de intergemeentelijke of samenwerkende sociale diensten worden vergeleken met alle zelfstandige sociale diensten, maar ook indien de intergemeentelijke of samenwerkende sociale diensten alleen met de *kleine* zelfstandige sociale diensten of alleen met de *grote* zelfstandige sociale diensten worden vergeleken.

De tweede indicator voor de mate van klantvriendelijkheid is de telefonische bereikbaarheid van de sociale dienst. Ten aanzien van deze indicator zijn eveneens aanzienlijke verschillen te constateren *binnen* de onderzochte groep intergemeentelijke en samenwerkende sociale diensten. De telefonische bereikbaarheid varieert van 5 uur per week bij de ene sociale dienst tot 40 uur per week bij de andere sociale dienst. Hierbij is geen statistisch significant verschil aangetroffen tussen intergemeentelijke sociale diensten en samenwerkende sociale diensten. De telefonische bereikbaarheid hangt dus niet samen met de mate van institutionalisering van de samenwerking. Ook nu heeft een vergelijking tussen de intergemeentelijke en samenwerkende sociale diensten en de zelfstandige sociale diensten geen statistisch significante verschillen opgeleverd. Het is daarbij niet van belang of de vergelijking plaatsvindt met *alle* zelfstandige sociale

diensten, met alleen de *kleine* zelfstandige sociale diensten of met alleen de *grote* zelfstandige sociale diensten.

De derde en vierde indicator ten slotte, betreffen respectievelijk de aanwezigheid van een website met relevante gegevens en de mogelijkheid om aanvraagformulieren te downloaden via internet. Ten aanzien van deze indicatoren bestaan weinig verschillen *binnen* de groep intergemeentelijke en samenwerkende sociale diensten. Bijna alle sociale diensten (86%) hebben een website waarop voor burgers relevante gegevens zoals het adres, het telefoonnummer en de openingstijden van de dienst staan vermeld. Daarentegen bieden slechts weinig sociale diensten (14%) cliënten de mogelijkheid om de aanvraagformulieren voor een uitkering te downloaden van internet. Voor beide indicatoren geldt dat intergemeentelijke en samenwerkende sociale diensten niet statisch significant beter of slechter functioneren dan zelfstandige sociale diensten. Het maakt daarbij niet uit of er wordt vergeleken met *alle* zelfstandige sociale diensten, alleen de *kleine* zelfstandige sociale diensten of alleen de *grote* zelfstandige sociale diensten.

21.5 Financiële en personele middelen

Om de kosten van de uitvoering van de WWB in kaart te brengen gebruiken we twee indicatoren. De eerste indicator wordt gevormd door de apparaatskosten van de sociale dienst in verhouding tot het aantal cliënten. De *apparaatskosten* zijn *alle inkomsten* van de sociale dienst minus de *programmakosten*, waarbij de programmakosten worden gevormd door de gelden die de sociale dienst ontvangt van de rijksoverheid voor het verstrekken van uitkeringen (het ‘inkomensdeel’) en het reactiveren van uitkeringsgerechtigden (het ‘werkdeel’). De apparaatskosten van de sociale dienst in verhouding tot het aantal cliënten blijken flink te verschillen *binnen* de groep intergemeentelijke en samenwerkende sociale diensten. Dat is in te zien in onderstaande tabel.

Tabel 21.2: Apparaatskosten per uitkeringsgerechtigde bij de onderzochte intergemeentelijke of samenwerkende sociale diensten

600 – 2600	Euro	(4)	33,3 %
2600 – 5200	Euro	(4)	33,3 %
5200 – 6400	Euro	(2)	16,7 %
6400 – 19 600	Euro	(2)	16,7 %
Totaal		(12)	100,0 %

(Missing cases = 3)

Ten aanzien van de apparaatskosten per uitkeringsgerechtigde zijn geen statistisch significante verschillen te constateren tussen de intergemeentelijke sociale diensten en de sociale diensten met een lossere samenwerkingsrelatie. Dat is

evenmin het geval als de intergemeentelijke sociale diensten worden vergeleken met *alle* zelfstandige sociale diensten, met de *grote* zelfstandige diensten of met de *kleine* zelfstandige diensten.

De tweede indicator is de omvang van het personeelsbestand (uitgedrukt in het aantal fulltime-formatieplaatsen) in verhouding tot het aantal cliënten. Ook nu zijn er weer aanzienlijk verschillen te constateren binnen de groep intergemeentelijke en samenwerkende sociale diensten. In tabel 21.3 is te zien dat de ene sociale dienst twee tot drie keer zo veel personeel per uitkeringsgerechtigde beschikbaar heeft als de andere sociale dienst.²²

Tabel 21.3: Aantal fulltime-formatieplaatsen per uitkeringsgerechtigde bij de onderzochte intergemeentelijke of samenwerkende sociale diensten

0,03 – 0,04 formatieplaats per uitkeringsgerechtigde	(2)	15,4 %
0,04 – 0,05 formatieplaats per uitkeringsgerechtigde	(5)	38,5 %
0,05 – 0,06 formatieplaats per uitkeringsgerechtigde	(4)	30,8 %
0,06 – 0,08 formatieplaats per uitkeringsgerechtigde	(1)	7,7 %
0,08 – 0,09 formatieplaats per uitkeringsgerechtigde	(1)	7,7 %
Totaal	(13)	100,1 %

(Missing cases = 2)

De verschillen binnen de groep intergemeentelijke en samenwerkende sociale diensten hangen niet samen met de mate van institutionalisering van de samenwerking. Intergemeentelijke sociale diensten hebben geen statistisch significant hoger of lager aantal formatieplaatsen per uitkeringsgerechtigde beschikbaar dan sociale diensten met een lossere vorm van samenwerking. Verder is ook geen statistisch significant verschil aangetroffen tussen enerzijds de intergemeentelijke en samenwerkende sociale diensten en anderzijds de zelfstandige sociale diensten. Dat geldt niet alleen als de vergelijking plaatsvindt met alle zelfstandige sociale diensten maar ook als wordt vergeleken met alleen de grote zelfstandige sociale diensten of alleen de kleine zelfstandige sociale diensten.

²² Bij tabel 21.3 moet overigens wel de kanttekening worden geplaatst dat de gegevens over het aantal formatieplaatsen dat een sociale dienst beschikbaar heeft voor de uitvoering van de WWB, soms niet helemaal betrouwbaar zijn. Sommige geënquêteerde ambtenaren hebben bij het bepalen van het aantal formatieplaatsen namelijk ook (een gedeelte van) het personeel meegeteld dat zich met andere voorkomende taken van de sociale dienst bezighoudt, bijvoorbeeld met het verstrekken van voorzieningen in de zin van de Wet voorzieningen gehandicapten. De verschillen tussen sociale diensten zouden dus in werkelijkheid wat kleiner kunnen zijn dan de tabel suggereert.

21.6 Relatie tussen prestaties en middelen

In het voorgaande is onder meer duidelijk geworden dat binnen de groep intergemeentelijke en samenwerkende sociale diensten aanmerkelijke verschillen in prestaties bestaan. Dit roept de vraag op of deze verschillen samenhangen met de financiële en personele middelen die gemeenten aan de uitvoering van de WWB besteden, oftewel met de kosten van de taakuitoefening. Presteren sociale diensten die meer geld en formatie per uitkeringsgerechtigde inzetten ook beter op de door ons gehanteerde indicatoren?

De scores van intergemeentelijke en samenwerkende sociale diensten op de prestatie-indicatoren blijken maar in beperkte mate verband te houden met de hoeveelheid geld (apparaatskosten per uitkeringsgerechtigde) en hoeveelheid personeel die gemeenten via eigen middelen beschikbaar stellen voor de dienstverlening (aantal fulltime-formatieplaatsen per uitkeringsgerechtigde). Er zijn slechts drie statistisch significante verbanden gevonden. Allereerst is een sterk positief verband aangetroffen tussen de apparaatskosten per uitkeringsgerechtigde en het aantal heronderzoeken dat jaarlijks per uitkeringsgerechtigde wordt uitgevoerd.²³ Met andere woorden: hoe meer geld per uitkeringsgerechtigde gemeenten beschikbaar stellen voor de sociale dienst, des te meer heronderzoeken per uitkeringsgerechtigde worden uitgevoerd. Voorts blijkt een zeer sterk verband te bestaan tussen het aantal fulltime-formatieplaatsen per uitkeringsgerechtigde en de telefonische bereikbaarheid van de sociale dienst.²⁴ En slotte is, geheel onverwacht, een sterk negatief verband aangetroffen tussen het aantal formatieplaatsen per uitkeringsgerechtigde en het percentage uitkeringsgerechtigden dat aan een re-integratieproject deelneemt.²⁵ Hoe meer personeel per uitkeringsgerechtigde beschikbaar is, des te minder cliënten deelnemen aan reactiveringprojecten. Wij hebben geen bevredigende verklaring voor deze laatste onderzoeksbevinding.

21.7 Conclusies en discussie

In 1993 verschijnen de rapporten van de commissies Van der Zwan en Buurmeijer. De regering besluit vervolgens de uitvoeringsorganen in de sociale zekerheid te stimuleren tot samenwerking. Dit leidt in eerste instantie voor gemeenten slechts tot een samenwerkingsplicht met de arbeidsvoorzieningsorganisatie op grond van de Abw. De Abw wordt in 2004 vervangen door de WWB, welke wet zich kenmerkt door een vergaande decentralisatie, deregulering en eigen financiële verantwoordelijkheid voor gemeenten. Het aantal sociale diensten dat zich

23 Pearson Correlation = 0,606; $p = 0,036$.

24 Pearson Correlation = 0,859; $p = 0,000$.

25 Pearson Correlation = -0,659; $p = 0,038$.

door deze wet genoodzaakt ziet om samen te werken, is de afgelopen jaren explosief gegroeid. Gemeenten hebben hoge verwachtingen van deze samenwerking. De zojuist gepresenteerde onderzoeksbevindingen schetsen een beeld van de resultaten in de praktijk. Het wordt tijd de balans op te maken.

Binnen de groep onderzochte intergemeentelijke of samenwerkende sociale diensten blijken aanzienlijke *prestatieverschillen* te bestaan. Denk bijvoorbeeld aan de mate waarin voldaan is aan de wettelijke verplichting om een verordening omtrent (onder meer) het terugvorderen van ten onrechte verstrekte bijstand vast te stellen, het aantal heronderzoeken dat jaarlijks gemiddeld per uitkeringsgerechtigde wordt uitgevoerd, het percentage uitkeringsgerechtigden dat deelneemt aan een re-integratieproject en de openingstijden van de balieloketten. De aanzienlijke verschillen duiden erop dat bij een aantal onderzochte intergemeentelijke of samenwerkende sociale diensten een prestatieverbetering mogelijk is.

De prestatieverschillen *binnen* de groep intergemeentelijke of samenwerkende sociale diensten hangen slechts een enkele keer samen met de mate van institutionalisering van de samenwerking. Het enige statistisch significante verschil in prestaties tussen de *in hoge mate geïnstitutionaliseerde samenwerkingsverbanden* (in de vorm van een openbaar lichaam of gemeenschappelijk orgaan) en de *lichtere samenwerkingsverbanden* (bijv. in de vorm van een inkooprelatie met een buurgemeente) is dat de eerste groep sociale diensten actiever is wat betreft het formuleren van een regeling omtrent (onder meer) het terugvorderen van ten onrechte verstrekte bijstand.

Bij een vergelijking tussen enerzijds de intergemeentelijke of samenwerkende sociale diensten en anderzijds de zelfstandige sociale diensten worden geen statistisch significante verschillen in prestaties aangetroffen. Dat geldt zowel wanneer de intergemeentelijke en samenwerkende sociale diensten worden vergeleken met *alle* zelfstandige sociale diensten als wanneer de vergelijking plaatsvindt met alleen de *grote* zelfstandige sociale diensten of alleen de *kleine* zelfstandige diensten. Intergemeentelijke en samenwerkende sociale diensten scoren dus niet statistisch significant anders op onze prestatie-indicatoren dan zelfstandige sociale diensten.

Behalve wat betreft de prestaties blijken de onderzochte intergemeentelijke en samenwerkende sociale diensten ook aanmerkelijk te verschillen wat betreft de gespendeerde financiële en personele middelen. Er zijn substantiële verschillen geconstateerd in de apparaatskosten per cliënt en het aantal fulltime-formatieplaatsen per cliënt. Deze verschillen houden geen verband met de mate waarin de samenwerking tussen gemeenten is geïnstitutionaliseerd.

Wat de financiële en personele middelen betreft zijn er evenmin statistisch significante verschillen aangetroffen tussen de intergemeentelijke en samenwerkende sociale diensten en de zelfstandige sociale diensten. Het is daarbij niet relevant of de vergelijking plaatsvindt met alle zelfstandige sociale diensten, alleen de grote zelfstandige sociale diensten of alleen de kleine zelfstandige diensten.

De prestaties van intergemeentelijke en samenwerkende sociale diensten blijken maar in beperkte mate verband te houden met de middelen van gemeenten, dat wil zeggen met de hoeveelheid geld en personeel die gemeenten via eigen middelen beschikbaar stellen voor de dienstverlening. Er zijn slechts drie statistisch significante verbanden gevonden. In de eerste plaats blijkt een stijging van de apparaatskosten per uitkeringsgerechtigde een positieve invloed te hebben op het aantal jaarlijkse heronderzoeken per uitkeringsgerechtigde. In de tweede plaats hangt het aantal fulltime-formatieplaatsen per uitkeringsgerechtigde in positieve zin samen met de telefonische bereikbaarheid van de dienst. En in de derde plaats is er een negatief verband aangetroffen tussen het aantal formatieplaatsen per uitkeringsgerechtigde en het percentage cliënten dat aan een reactiverings-traject deelneemt. Dit onverwachte verband kan door ons niet op een bevredigende wijze worden verklaard.

Het voorgaande doet vermoeden dat een eventuele vergroting van de financiële en personele middelen voor intergemeentelijke en samenwerkende sociale diensten niet zonder meer zal leiden tot een verhoging van de prestaties. Andere factoren dan geld en omvang van het personeelsbestand lijken minstens even relevant te zijn.

Bij dit alles moet wel worden bedacht dat de onderzoeksresultaten betrekking hebben op een vrij beperkt aantal intergemeentelijke en samenwerkende sociale diensten. Ook de onderzochte groep zelfstandige sociale diensten is tamelijk beperkt van omvang. Bij dergelijke, tamelijk bescheiden aantallen worden de eventuele verschillen die tussen bepaalde categorieën sociale diensten worden waargenomen, minder snel als statistisch significant beschouwd. Hetzelfde geldt voor de eventuele verbanden die tussen bepaalde variabelen worden aangetroffen. Dit pleit ervoor het onderzoek in de toekomst nog eens te herhalen.

In dat vervolgonderzoek zou met name een groter aantal intergemeentelijke en samenwerkende sociale diensten kunnen worden meegenomen. In de periode waarop de hierboven gepresenteerde onderzoeksbevindingen betrekking hebben (2003-2004), werkten gemeenten nog maar op tamelijk bescheiden schaal samen bij de uitvoering van de WWB. Het aantal intergemeentelijke samenwerkingsrelaties en samenwerkingsverbanden is inmiddels fors toegenomen. Deze groei zal in de toekomst waarschijnlijk alleen maar aanhouden, waarmee de totale onderzoekspopulatie automatisch groter zal worden. In het vervolgonderzoek zou bovendien het accent kunnen worden gelegd op intergemeentelijke sociale diensten en samenwerkingsrelaties die al wat langere tijd bestaan. Deze ‘gesetelde’ sociale diensten kennen niet de aanloopproblemen waarmee organisaties in de beginfase van de samenwerking kunnen worden geconfronteerd.

Verder zou in het vervolgonderzoek tevens aandacht kunnen worden besteed aan de eventuele keerzijden van samenwerking. De indruk bestaat dat er ook nadelen zijn. Deze lijken zich sinds enige tijd duidelijker te manifesteren door het groeiende aantal samenwerkingsverbanden. Zo kampen samenwerkende gemeenten soms met het probleem dat de schaalvergroting zorgt voor een vergroting van

de afstand tot de burger. Het beleid wordt immers in sommige gevallen geheel of gedeeltelijk op regionaal niveau vastgesteld. Bovendien verdwijnen meestal de vertrouwde lokale loketten wanneer er eenmaal een samenwerkingsverband tot stand is gekomen. Ten slotte is ook bepaald niet onbelangrijk dat er in de uitvoeringspraktijk de nodige vragen leven omtrent de consequenties van de regionale vaststelling van beleid voor de verantwoordingsrelatie tussen sociale dienst en lokale politiek.²⁶ Deze onduidelijkheid heeft Den Haag reeds doen besluiten om in te grijpen. De staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft onlangs besloten per 1 januari 2007 niet langer budgetten aan de samenwerkingsverbanden toe te kennen, maar deze te verstrekken aan de afzonderlijke gemeenten. Hierdoor is volgens de staatssecretaris beter gewaarborgd dat het college en de raad van de afzonderlijke gemeenten worden betrokken bij de uitvoering van de WWB. Hun mogelijkheden voor invloed en controle op deze uitvoering zullen toenemen.²⁷

De maatregel van de staatssecretaris geeft blijk van het toenemende besef onder bestuurders dat samenwerkingsverbanden niet zonder meer – en zeker niet in alle opzichten – beter functioneren dan zelfstandige sociale diensten. Deze meer kritische visie op de veronderstelde zegeningen van schaalvergroting moet worden toegejuicht. Onze onderzoeksresultaten laten zien dat het nog allerminst vaststaat dat de kleintjes het minder goed doen dan de grote jongens.

26 P. Leenders, 'Minder kwetsbaar, meer kwaliteit, Sociale diensten bundelen hun krachten', *Binnenlands Bestuur* 2006, jrg. 27, nr.2, p. 23.

27 Brief van de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 maart 2006, kenmerk W&B/SFI/06/22380.

Over de auteurs

Prof. mr. Irene P. Asscher-Vonk is hoogleraar sociaal recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

Prof. mr. Willem H.A.C.M. Bouwens is hoogleraar sociaal recht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam. Daarnaast is hij rechter-plaatsvervanger te Arnhem.

Prof. mr. Leo J.A. Damen was hoogleraar bestuursrecht (1991-1995 en 1997-2006) aan en decaan (2003-2006) van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid te Groningen. Daarnaast is hij raadsheer-plaatsvervanger bij de Centrale Raad van Beroep, rechter-plaatsvervanger bij de rechtbank Groningen, en lid van de Commissie algemene regels van bestuursrecht.

Drs. Reinoud G.P. Doeschot was als onderzoeker verbonden aan de vakgroep bestuursrecht en bestuurskunde te Groningen, de afdeling onderzoek van SVr/Ctsv, de Inspectie Werk en Inkomen van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en is thans werkzaam bij het College voor zorgverzekeringen.

Mr. Karin A. Faber was tot 1 september 2006 als promovenda verbonden aan de vakgroep bestuursrecht en bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen. In haar promotieonderzoek staat de vraag centraal of bij re-integratie een contract moet worden gesloten tussen uitkeringsgerechtigden enerzijds en de uitvoeringsorganen van de sociale zekerheid anderzijds. Prof. mr. F.M. Noordam was haar promotor.

Prof. dr. Kees P. Goudswaard is hoogleraar economie aan de Universiteit Leiden.

Prof. mr. Guus J.J. Heerma van Voss is hoogleraar sociaal recht aan de Universiteit Leiden.

Prof. dr. Michiel Herweijer is hoogleraar bestuurskunde te Groningen. Hij publiceert over methoden en resultaten van beleidsonderzoek.

Prof. dr. Antoine T.J.M. Jacobs is hoogleraar sociaal recht & sociale politiek aan de Universiteit van Tilburg.

Prof. mr. Jan H. Jans is hoogleraar recht van de Europese Unie aan de Universiteit van Amsterdam en hoogleraar publiekrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen. Zijn publicaties hebben met name betrekking op Europees recht, Europees milieurecht, Europees bestuursrecht en Nederlands publiekrecht.

Prof. dr. Philip R. de Jong is partner bij Aarts, De Jong, Wilms & Goudriaan Public Economics (APE). Daarnaast is hij sinds 1992 bijzonder hoogleraar economie van de sociale zekerheid (tot 1999) aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en daarna aan de Universiteit van Amsterdam.

Prof. dr. Saskia Klosse is bijzonder hoogleraar in het recht van de sociale zekerheid bij de vakgroep publiekrecht van de Universiteit Maastricht. Daarnaast heeft zij aan de medische faculteit van de KU-Leuven de leeropdracht tot het doceren van de leer van de menselijke schade aan artsen en juristen.

Mr. drs. B.B.B. (Linda) Lanting is universitair docent arbeidsrecht & socialezekerheidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam en tevens universitair docent sociaal recht & sociale politiek aan de Universiteit van Tilburg.

Prof. mr. Cees J. Loonstra is hoogleraar arbeidsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Daarnaast is hij kantonrechter-plaatsvervanger te Amersfoort en te Utrecht.

Mr. dr. A.T. (Bert) Marseille is universitair hoofddocent bestuursrecht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid te Groningen. Daarnaast is hij rechter-plaatsvervanger bij de rechtbank Groningen. Hij publiceert over algemeen bestuursrecht, bestuursprocesrecht en het functioneren van beroepsprocedures bij de bestuursrechter.

Mr. dr. André J.G.M. van Montfort is universitair hoofddocent bestuurskunde aan de Vrije Universiteit te Amsterdam en rechter-plaatsvervanger bij de rechtbank Leeuwarden. Zijn onderzoeks- en onderwijsactiviteiten liggen op het terrein van beleidsanalyse, werking van bestuurlijke stelsels, integriteit van bestuur en rechtsbescherming.

Prof. dr. Andries Nentjes is emeritus hoogleraar economie en leer der openbare financiën aan de Rijksuniversiteit Groningen (Faculteit der Rechtsgeleerdheid en Faculteit der Economische Wetenschappen). Voorafgaande aan zijn laatste functie was hij gedurende een ruim veertigjarige loopbaan aan de RuG achtereenvolgens student-assistent, wetenschappelijk medewerker en hoofdmedewerker, en lector en hoogleraar in de economie van welzijnsvraagstukken.

Prof. dr. Wim van Oorschot is hoogleraar sociologie aan de Universiteit van Tilburg. Hij is hoofd van het Departement Sociaal-culturele Wetenschappen aldaar, bijzonder hoogleraar aan het Center for Comparative Welfare Studies van de Universiteit van Aalborg in Denemarken, en mede-oprichter en voorzitter van ESPAnet, the Network for European Social Policy Analysis.

Prof. mr. Frans J.L. Pennings is hoogleraar internationaal socialezekerheidsrecht aan de Universiteit van Tilburg en hoogleraar Europees en vergelijkend socialezekerheidsrecht aan de Universiteit Utrecht. Daarnaast is hij raadsheer-plaatsvervanger bij de Centrale Raad van Beroep.

Prof. dr. J. (Ko) de Ridder is hoogleraar toezicht aan de Rijksuniversiteit Groningen. Zijn belangstelling gaat uit naar de organisatie van het openbare bestuur en de juridische vormgeving en praktische uitwerking van toezichtarrangementen.

Prof. mr. Jaap Riphagen is hoogleraar socialezekerheidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam. Daarnaast is hij vice-president van de rechtbank Rotterdam.

Prof. mr. M. Scheltema is regeringscommissaris voor de algemene regels van het bestuursrecht en was onder andere hoogleraar bestuursrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen (1972-1997).

Dr. Greetje H.M. Tromp is als socioloog verbonden aan de vakgroep bestuursrecht en bestuurskunde van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid te Groningen. Zij promoveerde in 2001 op de studie *Politiek door de Staten*.

Prof. mr. Evert Verhulp is hoogleraar Arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam. Daarnaast is hij raadsheer-plaatsvervanger bij het Gerechtshof te Amsterdam.

Mr. Frank R. Vermeer is universitair hoofddocent bestuursrecht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid te Groningen.

Prof. dr. Gijsbert J. Vonk is hoofd van de afdeling Recht & Beleid van de Sociale Verzekeringsbank en bijzonder hoogleraar socialezekerheidsrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam. Per 1 januari 2007 zal hij als opvolger van prof. mr. F.M. Noordam verbonden zijn aan de Rijksuniversiteit Groningen.

Mr. dr. Herman H. Voogsgeerd is universitair docent bij de sectie Handelsrecht & Arbeidsrecht van de Rijksuniversiteit Groningen.

Mr. dr. Klaartje Wentholt was als universitair hoofddocent verbonden aan de vakgroep bestuursrecht en bestuurskunde te Groningen en is thans bestuursrechter bij de rechtbank Assen.

Dr. Heinrich B. Winter is universitair hoofddocent bestuursrecht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid te Groningen. Hij doceert bestuursprocesrecht en vreemdelingenrecht en publiceert op beide terreinen. Tevens is hij directeur van Pro Facto BV, bestuurskundig en juridisch onderzoeks- en adviesbureau te Groningen.

Mr. dr. Enith van Wolde is werkzaam bij Rechtshulp Noord. In 2003 promoveerde zij aan de Rijksuniversiteit Groningen op het onderwerp ‘Cliëntenparticipatie in de sociale zekerheid’. Haar promotor was prof. mr. F.M. Noordam.

Prof. mr. Wijnand A. Zondag is hoogleraar arbeidsrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen. Daarnaast is hij adviseur bij CMS Derks Star Busmann en raadsheer-plaatsvervanger bij het Gerechtshof Leeuwarden.